

**Luis Rodríguez Collao**

# **DELITOS SEXUALES**

**DE CONFORMIDAD CON LAS MODIFICACIONES  
INTRODUCIDAS POR LA LEY N.º 19.617 DE 1999**

**Editorial Jurídica de Chile**

1 bien jurídico;<sup>107</sup> y en el atentado que aquel delito implica el valor de la dignidad humana, en cuanto instrumentaliza individuo (que debe soportar la aplicación de una pena) en o de la obtención de un interés estrictamente social: la presión de velar por que al interior de la familia se observe un comportamiento aceptable desde el punto de vista de los cánones morales imperantes. Todo ello, pasando por sobre la autonomía decisional del individuo, lo cual importa otra forma de ansgredir el valor de la dignidad de la persona.

acceso carnal no se castiga →  
autodeterminación

castiga que

servicio prescrito de  
esa autodeterminación luego  
se puede afectar prescrito  
y también con determinación

estar conserfin un talp  
& los otros

## EL DELITO DE VIOLACION

### 1. EXPLICACION GENERAL

El término violación alude a la forma más grave de atentado en contra de la intimidad sexual: aquella que consiste en acceder carnalmente a una persona que no ha prestado su consentimiento, para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones de prestarlo, por razones físicas o mentales.<sup>1</sup>

El mayor desvalor que la ley asigna a esta figura delictiva se funda, antes que nada, en la clase de comportamiento sexual que requiere el tipo, pues en nuestro medio cultural, con un criterio valorativo que no es del caso discutir aquí, siempre se ha considerado el acceso carnal como la ofensa más grave que es posible inferir a una persona dentro del ámbito de las conductas sexuales.<sup>2</sup> Pero el desvalor más intenso de la violación se funda, también, en que el hechor actúa prescindiendo de la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter especialmente violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal o, alternativamente, de la especial

<sup>1</sup> Incluso el Código Penal español de 1995, que refunde, en el artículo 178, bajo el rótulo de *agresiones sexuales*, todos los ataques violentos en contra de la libertad sexual, contempla en el artículo siguiente una forma agravada del mismo delito para el caso que la *agresión* consista en un acceso carnal. Y lo propio ocurre con la figura de *abusos sexuales*, en los artículos 181 y 182. Todo ello antes de que la reforma del año 1999 repusiera la figura de violación.

<sup>2</sup> Aunque la doctrina contemporánea tiende a afirmar que una equiparación de todos los actos sexuales de que puede ser objeto una persona conlleva una mayor protección para la víctima. En este sentido, por ejemplo, CADOPPI: *Comentarios*, p. 34.

<sup>107</sup> En este sentido, ZAFFARONI: *Sistemas penales y derechos humanos...*, p. 27.

situación de vulnerabilidad de la víctima, en razón de su edad o de sus condiciones físicas o mentales. Ninguno de estos factores, sin embargo, justifica por sí solo el trato más severo de la violación, porque hay otros tipos que también exigen la ausencia de voluntad del sujeto pasivo, o que también hacen referencia al empleo de medios violentos o a la vulnerabilidad de la víctima; y, entre ellos, algunos admiten también el *acceso carnal* como hipótesis conductual. De ahí que el mayor desvalor de la violación sólo se explique a partir de una consideración conjunta de los factores recién mencionados.

El tipo actual, contenido básicamente en el artículo 361 del C. Penal, refunde los delitos de violación propiamente tal y de violación sodomítica (también llamada sodomía calificada), que antes figuraban en los artículos 361 y 365 inciso segundo, respectivamente. De este modo, en la actualidad el delito de violación equipara por completo al hombre y a la mujer, en tanto que sujeto pasivo de la figura.

Tras la reforma de la Ley N° 19.617, el Código Penal conserva, en términos generales, la estructura del delito consistente en la agrupación de varias hipótesis alternativas (que en verdad describen los medios de ejecución de la conducta), en torno a un *verbo rector común*. En el sistema vigente, las hipótesis constitutivas de violación son: el uso de fuerza o intimidación (art. 361, inciso segundo, N° 1); la privación de sentido de la víctima o su incapacidad para oponer resistencia (art. 361, inciso segundo, N° 2); el abuso de la enajenación o del trastorno mental transitorio (art. 361, inciso segundo, N° 3) y el hecho de ser la víctima menor de doce años (artículo 362).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Tomando como base la diversidad de los hechos constitutivos de tales hipótesis, la doctrina acostumbra distinguir entre *violación propia*, es decir aquella que se ejerce violencia o intimidación, y *violación impropia* o *de prevalimiento*, que correspondería a las restantes formas de ejecución de este delito. Entre nosotros, adoptan esta terminología COUSINO (1979), II, p. 513; GARRIDO MONTT (1998), p. 281, y LABATUT (1992), II, pp. 137-140. En España, la accgen, entre otros, FERNANDEZ ALBOR: *Delincuencia sexual...*, p. 71, y QUERALT JIMENEZ (1992), p. 134; en la dogmática argentina, SPROVIERO: *Delito de violación*, pp. 30-32. Tal distinción, sin embargo, carece de relevancia para fines sistemáticos, puesto que las dos *especies* de violación recién mencionadas se encuentran sometidas a un mismo estatuto, tanto en lo que respecta a los elementos del tipo como en lo que concierne a la ilicitud y a la culpabilidad. Por su parte, hay autores que utili-

Podría suscitarse duda si el acceso carnal de una persona menor de doce años constituye efectivamente violación, o si, por el contrario, da lugar a un delito diferente. En apoyo de lo segundo podría invocarse no sólo que el legislador optó por regular dicha hipótesis en forma separada (destinando para ella el artículo 362), sino también el hecho que el inciso segundo del art. 361 expresa que "comete *violación* el que accede carnalmente... a una persona mayor de doce años..."; con lo cual parece indicar que restringe la denominación a los supuestos que aparecen tipificados en ese mismo artículo. Sin embargo, no debe perderse de vista que el art. 361 y el art. 362 se hallan ubicados dentro de un párrafo cuyo epígrafe reza "De la violación", con lo cual se despeja cualquier duda acerca de la verdadera naturaleza y denominación de la hipótesis contemplada en la segunda de esas disposiciones.

## 2. CONDUCTA TIPICA

En el derecho comparado son varias las fórmulas empleadas para referir el núcleo conductual de la violación. Algunas de ellas conservan un sesgo marcadamente genérico, como la locución *tenner còpula* que utiliza el artículo 164 del Código Penal portugués<sup>4</sup> o la cláusula "*cualquier acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea*", utilizada por el artículo 222-23 del Código Penal francés.<sup>5</sup> En el extremo opuesto, algunas legislaciones utilizan fórmulas descriptivas, como la cláusula "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por las dos primeras vías", que contempla el artículo 182.1 del Código Penal español.<sup>6</sup>

zan la fórmula *violación propia* para aludir a aquella que se concreta en una penetración vaginal, y la de *violación impropia* para referirse a la que se materializa en un acceso carnal contra natura; así, por ejemplo, en Argentina, TTEGHI: *Delitos sexuales*, pp. 179-180.

<sup>4</sup> Cfr. MOURAZ LOPES: *Os crimes contra a liberdade...*, pp. 23-24.

<sup>5</sup> Cfr. MAYAUD: *Code Penal*, pp. 215-216.

<sup>6</sup> Boletín Oficial del Estado, N° 104, de 1 de mayo de 1999.

## A) SENTIDO Y ALCANCE

Optando por esta última alternativa, el artículo 361 del Código Penal chileno describe la conducta como *“acceder carnalmente a una persona por vía vaginal, anal o bucal.”*<sup>7</sup> Puesto que el texto vigente exige un acceso *carnal*, y atendido el claro sentido que esta última expresión posee en nuestro idioma, ella debe ser entendida como introducción del miembro masculino en la vagina, *“ano o la boca de la víctima”*, sin que baste, al efecto, con la introducción de otros objetos, sea que pertenezcan al propio cuerpo del sujeto activo o al mundo circundante.<sup>8</sup> En consecuencia, por la naturaleza del acto exigido, la violación es un delito instantáneo y no admite una forma de ejecución omisiva, al menos a nivel de autoría directa o material.

En el caso de la penetración vaginal y anal, y por la propia naturaleza de las cosas, la ejecución de la conducta requiere que el pene se encuentre en estado de erección. Si esto es exigible respecto de las dos formas comisivas recién apuntadas, lo lógico será demandar idéntica circunstancia para el acceso bucal, tanto más si se considera que otras formas de contacto entre el pene y la boca, perfectamente imaginables aun en ausencia de erección, no constituyen penetración según el sentido etimológico de este vocablo, ni llevan implícita la idea de acometimiento por parte del varón, un requisito claramente formulado en el artículo 361 inciso segundo del Código Penal.

Si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina siempre se mostró partidaria de una equiparación del hombre y la mujer en

tanto que sujeto pasivo del delito de violación y de extender esta figura a todo género de relación sexual semejante a la cópula heterosexual,<sup>10</sup> hay quienes manifiestan un parecer contrario a asimilar en orden a la penalidad, la violación de un hombre y la de una mujer, como también hay opiniones renuentes a incluir el acceso por vía bucal en un pie de igualdad con la penetración anal y vaginal, por considerarlo una forma de masturbación equiparable a los actos que configuran el delito de abuso sexual.<sup>11</sup> Salvo por lo que respecta a la inclusión del acceso por vía bucal, la nueva estructura del tipo en verdad importa un avance muy significativo en pro de la determinación del hecho incriminado, pues no sólo despeja las dudas que antes existían acerca de la inclusión del acceso por vía anal, sino que además lo equipara con la penetración vaginal, y los somete a un mismo régimen jurídico, lo cual es concordante con la intensidad del desvalor que subyace en ambos comportamientos.

## B) MOMENTO CONSUMMATIVO

La determinación del momento en que se consuma la violación *“disita mucho de ser un tema pacífico, pudiendo perfilarse, al menos, tres criterios formulados a propósito del acceso carnal por vía vaginal, pero cuyas conclusiones son perfectamente aplicables a las restantes formas comisivas del delito de violación.”*

En primer término, el criterio denominado de la *“conjuración de miembros”* postula que la violación se consuma con el simple contacto, roce o conjunción del pene con la vagina, el ano o la boca de la víctima, sin que sea necesaria la efectiva introducción

<sup>7</sup> Esta fórmula conductual reemplaza a la locución *“yacer”*, cuyo empleo, a pesar de constituir una verdadera tradición en los textos penales españoles e iberoamericanos, fue siempre motivo de conflicto en orden a su sentido y alcance. Si bien primaba el criterio que entendía dicho vocablo como sinónimo de penetración por vía vaginal, no faltaban opiniones que le atribuían un significado más amplio, comprensivo de la cópula normal y de cualquier equivalente anormal de la misma. De esta última opinión, en Chile, ETCHERRERRY (1998), IV, pp. 56-57.

<sup>8</sup> Corrobora esta afirmación el hecho que el Código Penal español de 1995, que los redactores de la disposición chilena tuvieron a la vista, contempla la introducción de tales objetos como algo distinto del *“acceso carnal”* (artículos 179 y 182 inciso segundo).

<sup>9</sup> En tal sentido, ORTIZ BERENGUER (1996), p. 914. Del mismo autor: *Abusos y agresiones sexuales...*, p. 28.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, BUSTOS (1986), p. 134.

<sup>11</sup> De la misma opinión, en Argentina, FONTAN BALESTRA (1996), p. 59. En Chile, CARCAMO OLMOS: *Modificaciones legales...*, pp. 192-193. En España, entre varios otros: CARMONA SALGADO (1993), pp. 245-246; RODRIGUEZ RAMOS (1994), p. 203, y RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones...*, p. 430. Una opinión favorable a la equiparación del acceso bucal con las otras dos formas de penetración, puede consultarse en DE VEGA RUIZ: *La violación...*, pp. 30-31. Entre los ordenamientos que han alcanzado un mayor grado de perfección en orden a la estructuración del tipo, el Código Penal portugués sólo contempla (en el artículo 164) el coito vaginal y anal. Cfr. MAIA GONÇALVES (1996), p. 626.

de aquél en alguna de estas cavidades. Más que en razones de texto, este criterio se funda en el simple propósito de castigar como consumado el intento de violación de una persona de esos casos años, en que no resulta materialmente posible la introducción, debido a la desproporción de tamaño entre los órganos genitales del autor y de la víctima. Si bien este planteamiento contó con un cierto respaldo jurisprudencial en España, en la actualidad ha sido prácticamente abandonado.<sup>12</sup>

En el extremo opuesto, el criterio de la *inmissio seminis* identifica el momento consumativo de la violación con el acto fisiológico de la eyaculación. Tal como ocurría con el criterio anterior, tampoco son fundamentos dogmáticos los que se invocan en apoyo de esta posición, sino una razón eminentemente práctica: lo difícil que resulta probar la introducción del pene, si ésta no va acompañada de la emisión seminal. Aunque se trata también de un criterio que la doctrina ha sostenido en forma muy aislada, tuvo una suerte de resurgimiento desde que los códigos comenzaron a incluir el acceso por vía bucal dentro del tipo de violación, pues, al menos respecto de esta última modalidad comisiva, un sector de la doctrina ha vuelto a postular el parámetro de la *inmissio seminis*, por la misma razón de orden práctico anteriormente apuntada.<sup>13</sup>

Pero, sin duda, el criterio que goza de mayor aceptación en nuestros días es el de la *inmissio penis*, el cual no se conforma con el simple contacto o conjunción de los órganos genitales del sujeto activo y de la víctima, sino que demanda la efectiva introducción del pene en la vagina, el ano o la boca del sujeto pasivo. Esta posición, desde luego, es la que más se aviene con el texto de la ley, porque *acceso*, en la acepción que aquí resulta pertinente, significa entrada o introducción de un cuerpo u objeto en un determinado sitio, y no el simple contacto, como lo pretenden los partidarios

de la *coniunctio membrorum*. Asimismo, para ser consecuentes con una interpretación gramatical del artículo 361 inciso segundo, habremos de rechazar también la pretensión de exigir la *inmissio seminis*, porque ni el término *acceso* lleva implícito ningún otro acto o idea, aparte del simple ingreso del cuerpo u objeto de que se trate, ni la locución *acceso carnal* denota la idea de descarga seminal, como lo demuestra el hecho que si ésta se produce con posterioridad a una eventual extracción del miembro masculino por parte del varón, ello no elimina la realidad del acceso precedente.

Esta última es la posición que adopta prácticamente la unanimidad de la doctrina, utilizando en general la misma terminología que aquí se emplea.<sup>14</sup> Acceso carnal, en consecuencia, es sinónimo de introducción del pene en la vagina, el ano o la boca de la víctima; y existe pleno acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en orden a que la penetración *no requiere ser completa*,<sup>15</sup> lo cual equivale a decir que para tener por consumada la violación basta con que una parte del pene haya ingresado en el interior de alguna de las cavidades anteriormente nombradas. Tratándose de un acceso realizado por

<sup>14</sup> En España, entre varios otros, DIAZ MAROTO (1998), pp. 107-108; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 118; ORTS BERENGUER (1996), pp. 912-913; y QUERALT JIMENEZ (1992), p. 135. Cabe destacar, sin embargo, que no todos atribuyen a la locución *coniunctio membrorum* el mismo significado. Varios autores denominan así el momento consumativo de la violación, pese a reconocer que, además del simple contacto entre los órganos del autor y de la víctima, debe haber un comienzo de penetración (por ejemplo, RODRIGUEZ DEVEZA, 1991, p. 178, y RODRIGUEZ RAMOS, 1996, p. 163). Muy representativas de este planteamiento son las palabras del Tribunal Supremo de España, cuando señala que "aunque no es exigible (que la penetración) sea total, si requiere, al menos, una *coniunctio membrorum* y contacto del órgano penetrante con los umbrales de la cavidad penetrada y en un principio de *introitus*, de modo que, tratándose de una penetración vaginal se superen los *labium minus* a partir de cuyo punto habrá que entender se produce ya una penetración vaginal" (STS de 10 de enero 1995, reseñada por SERRANO GOMEZ, 1997, p. 180).

<sup>15</sup> Cfr., por todos, DIAZ MAROTO (1998), pp. 107-108, y SPROVIERO: *Delito de violación*, p. 88. Con información acerca de la doctrina sentada por los tribunales españoles, CARMONA SAI GADO (1993), pp. 246-247. El que se expone en el texto es también el criterio que ha hecho suyo la jurisprudencia argentina, cfr. BERNANUS (1988), p. 99, y FONTAN BALESTRA (1996), pp. 58-59. Es también el criterio predominante en la doctrina y en la jurisprudencia italiana (cfr. ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale*, 1994, II, p. 475, y CADOPPI: *Commentario*, p. 32) y portuguesa (cfr. MAIA GONÇALVES, 1996, p. 628).

<sup>12</sup> Cfr. DIAZ MAROTO (1998), pp. 107-108. Por cierto, como dice ORTS BERENGUER (1996, pp. 912-913), razones de seguridad jurídica recomiendan contar con una única noción de acceso carnal y no con una acomodaticia que permita considerar como tal a acciones distintas, en atención al desarrollo anatómico del sujeto pasivo. Como advierte el criterio que aquí se critica, supone interpretar un concepto natural—como el de cópula—, utilizando parámetros éticos-sociales. En este último sentido, MAIA GONÇALVES (1996), p. 628.

<sup>13</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE (1996), pp. 187-188.

vía normal, las exigencias típicas se cumplen cuando el pene se adentra, aunque sea mínimamente, en la vagina, no bastando el llamado *coito vestibular*, es decir, aquel que sólo implica contacto del miembro viril con la región vulvar externa del aparato genital femenino.<sup>16</sup> Por su parte, en el caso de la violación que se materializa a través de la boca o el ano de la víctima, será necesario que el pene rebase los labios o el esfínter anal, respectivamente.<sup>17</sup>

### 3. LOS SUJETOS DEL DELITO

Mientras que el sujeto pasivo del delito de violación es tanto el hombre como la mujer —así lo deja claramente establecido el art. 361 inciso segundo al utilizar el vocablo *persona*—, el sujeto activo sólo puede ser un varón. Esto último deriva de que la conducta típica aparece señalada, en ese mismo precepto, con la fórmula verbal *acceder carnalmente*, comportamiento del que sólo es capaz una persona de sexo masculino.

La doctrina foránea acepta que una mujer asuma la condición de sujeto activo de este delito, básicamente en atención a que los textos penales normalmente definen la violación como *acceso carnal*, sin vincular dicho concepto con una fórmula verbal que indique con toda claridad, como ocurre en el Código chileno, que lo sancionado es la conducta de quien *accede carnalmente* a otra persona y no el comportamiento de quien es *accedido* por otro. Así, frente a una fórmula tan amplia como la que utiliza el art. 179 del C. Penal español de 1995 (“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal...”), resulta incuestionable que la conducta de la mujer que es accedida carnalmente

por un menor, por un enajenado o por alguien que actúa bajo amenaza, aparece captada por el tipo de violación.<sup>18</sup> Pero frente a un texto, indudablemente restrictivo, como el del artículo 361, inciso segundo, del C. Penal chileno, no cabe duda alguna en cuanto a la exclusión de la mujer como sujeto activo del delito de violación.<sup>19</sup>

En lo que respecta al acceso carnal entre varones, la actual figura de violación resulta ser más restrictiva que el tipo de sodomitica calificada que anteriormente captaba este mismo comportamiento. Antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.617, en efecto, el artículo 365 inciso primero sancionaba, según opción unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, la penetración anal entre varones mutuamente consentida; y en los dos incisos siguientes se establecía una pena, por cierto más severa, para la realización de esa misma conducta cuando alguno de los intervinientes usaba fuerza o intimidación o cuando alguno de ellos se encontraba privado de razón o sentido o era menor de catorce años. Pero como el inciso segundo se refería en general al *delito* contemplado en el inciso anterior, y este último lo cometeía tanto quien llevaba a cabo el acceso carnal como la persona que era objeto del mismo, resultaba que cualquiera de los dos podía transformarse también en sujeto activo de la figura de sodomía calificada. De modo que si, por ejemplo, un individuo se hacía acceder carnalmente por un enajenado o por alguien que no cumplía el límite mínimo de edad que establecía la figura, aquél se transformaba en autor del delito de sodomía calificada.

Es común que los autores planteen que el sujeto activo de violación ha de ser una persona genitualmente madura para la

<sup>16</sup> En tal sentido, en la doctrina española, CARMONA SALGADO (1993), pp. 247-248, y ORTIS (1990), pp. 618-622; en Iberoamérica, MARTINEZ ZUÑIGA: *Derecho penal sexual*, pp. 139-140, y VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, p. 303. Excepcionalmente, la jurisprudencia argentina registra casos en los cuales se ha tenido por consumada la violación con el llamado coito vestibular (cfr. TIEGHI: *Delitos sexuales*, pp. 373-374) y otro tanto ha sucedido, también de modo excepcional, en la jurisprudencia italiana (cfr. CADOPPI: *Commentario*, p. 33).

<sup>17</sup> Así, ORTIS BERENGUER (1996), p. 914. Del mismo autor: *Abusos y agresiones sexuales...*, pp. 28-29.

<sup>18</sup> En este sentido, CARMONA SALGADO (1993), pp. 243-244; LUZON CUESTA (1995), p. 81; MORALES PRATS / GARCIA ALBERO (1996), p. 235; MUÑOZ CONDE (1996), p. 187; y ORTIS BERENGUER (1996), p. 906. Por lo que respecta a la doctrina francesa, y en el mismo sentido ya indicado, cfr. VERON: *Droit Penal Spécial* (1999), pp. 49-50.

<sup>19</sup> Esta interpretación, como es obvio, implica conferir primacía al tenor literal de las expresiones que utiliza la ley, conforme lo ordena el artículo 19 del Código Civil chileno, por mucho que la intención de sus redactores haya sido otra, como seguramente lo fue. Sobre este punto y con referencia al derecho argentino, cfr. SPROVIERO: *Delito de violación*, pp. 119-121.

realización de la cópula.<sup>20</sup> En nuestro concepto, sin embargo, la exigencia no ha de plantearse en términos de madurez, sino de *aptitud física y mental*. Porque si el sujeto activo tiene que ser, como en todo delito, una persona imputable, puede tenerse por cierto que el sujeto que ostenta esta condición es, necesariamente, una persona dotada de madurez fisiológica para la realización de la cópula. Y los casos en que falte la capacidad para llevar a cabo la conducta obedecerán, indefectiblemente, a razones patológicas, vinculadas con la salud física o mental del individuo, y no a una falta de desarrollo genital.

Puesto que, como ya se ha afirmado, la conducta exigida por el tipo, en sus tres modalidades, requiere un acto de acometimiento sexual en el que la erección es requisito ineludible, la aptitud física y mental para la realización del acto sexual es, también, una exigencia insoslayable, tanto para el acceso vaginal como para el que se ejecuta por vía anal o bucal.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, el tipo no demanda ninguna exigencia especial, ni se requiere, como en el caso del sujeto activo, que posea aptitud física y mental para la ejecución de comportamientos sexuales. Así lo demuestra el hecho que nuestro Código califique como violación el acceso carnal realizado en una persona menor de doce años, quien, como es obvio, normalmente carecerá de aquella aptitud.

En otras épocas, se plantearon dudas acerca de la procedencia de incluir a la persona prostituida como sujeto pasivo del delito de violación, básicamente en atención a que algunos códigos contemplaban este delito como atentado contra la *honestidad*, atributo moral que sólo correspondería a quienes observan las normas éticas que rigen el comportamiento sexual y del cual, por cierto, carecerían las personas que practican esta forma de comercio. En la actualidad, sin embargo, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial están de acuerdo en que el bien jurídico protegido por el delito de violación corresponde a todo ser humano por el solo hecho de ser tal y que cualquier decisión discriminatoria a

este respecto, por estar comprometida la libertad de las personas y por llevar implícita la pretensión de imponer un determinado esquema moral, importa un atentado contra la dignidad del individuo, inaceptable en un Estado social y democrático de derecho.<sup>21</sup>

Por último, en la actualidad es unánime el criterio que niega la posibilidad de cometer el delito de violación en contra de una persona fallecida, fundamentalmente en atención a que el bien jurídico protegido sólo tiene sentido respecto de seres vivos.<sup>22</sup>

#### 4. AUSENCIA DE VOLUNTAD DE LA VICTIMA

Si bien es cierto que el tipo no lo menciona de modo expreso, es indudable que la ausencia de voluntad de la víctima es un requisito subyacente a la violación. Así lo revela un examen global de las tres modalidades de ejecución que contempla el inciso segundo del artículo 361 y de la hipótesis prevista en el artículo 362. Porque, en el primero de aquellos casos, el empleo de fuerza o intimidación sólo puede explicarse frente a una voluntad contraria (o que el delincuente supone contraria) a la realización del acceso carnal; lo mismo que en el segundo y en el tercer supuesto, la situación en que debe encontrarse la víctima es reveladora, o bien de la imposibilidad de consentir a la realización del acto sexual, o bien de la imposibilidad de llevar a cabo acciones concretas de oposición a los designios del delincuente. En la hipótesis del art. 362, es obvio que la ley considera que los menores de doce años no están capacitados para consentir válidamente la realización de comportamientos de índole sexual.

<sup>20</sup> En España, por ejemplo, QUERALT JIMENEZ (1992), p. 134, y RODRIGUEZ DEVEZA (1991), p. 178, aunque este último dice que no es exigible para el acceso por vía bucal. En contra de la exigencia de madurez fisiológica, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 116.

<sup>21</sup> En relación con el derecho español, BUSTOS (1991), p. 115; razonando sobre la base del derecho argentino, DONNA (1999), pp. 395-396, y respecto del derecho chileno, PEREZ SANCHEZ: *Delitos contra la libertad sexual*, p. 32. Disiente del criterio mayoritario, FONTAN BALESTRA (1996), p. 64. Para una reseña de la posición que mantiene la jurisprudencia española, ORTIZ BERENGUER (1996), p. 907, y DE VEGA RUIZ: *La violación...*, pp. 86-92. Es de mucho interés la doctrina sentada por el fallo del Tribunal Supremo de España, de 29.03.94, reseñada por el último de los autores nombrados, en el cual la procedencia del castigo de la violación de una persona prostituida se hace derivar del principio de igualdad entre las personas (que es incompatible con cualquier actitud discriminatoria en razón de sexo u ocupación), como así también de la propia noción de dignidad humana.

<sup>22</sup> Cfr. VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, pp. 301-302.

No es correcto, sin embargo, expresar este requisito como una exigencia de que el hechor actúe *contra la voluntad* del sujeto pasivo, por mucho que así ocurra en la mayor parte de los casos, porque la redacción del tipo no es incompatible con una manifestación de voluntad favorable a la realización del acto (como ocurre cuando la víctima actúa bajo intimidación o es menor de doce años), ni con una total ausencia de voluntad (como sucede en caso que el sujeto pasivo se encuentre inconsciente o se le reduzca a la condición de mero objeto a raíz del empleo de *vis absoluta*). El denominador común de todas las hipótesis de violación, en consecuencia, no es una actuación *en contra* de la voluntad de la víctima, sino la *falta de voluntad* para la realización del acceso carnal.

La ley entiende que falta el consentimiento de la víctima en cuatro casos: cuando se usa fuerza o intimidación; cuando el sujeto pasivo se encuentra privado de sentido, o se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima; y cuando ésta es menor de doce años. En términos generales, puede afirmarse que la falta de consentimiento completa los requerimientos de orden objetivo que el tipo formula, porque, en estricto rigor, todas las hipótesis recién mencionadas no pasan de ser especificaciones de la forma que en cada caso adopta aquella exigencia común.

Por el contrario, y puesto que la falta de consentimiento es un elemento objetivo del tipo, la demostración de que la víctima sí consintió a la realización del acceso carnal dará lugar a una *causal de atipicidad* y no a una *causal de justificación*, como ocurre en la generalidad de los delitos atentatorios en contra de un bien jurídico disponible en que la ausencia de voluntad no es elemento exigido en el tipo.<sup>23</sup> Con todo, es preciso no con-

<sup>23</sup> En este sentido, en la doctrina alemana, JESCHECK: *Tratado...*, I, p. 511; STRATENWERTH (1982), p. 127; WEIZEL (1993), p. 114; y WESSELS (1980), p. 99. Con referencia al derecho español, entre otros, BUSTOS (1986), p. 135; CERREZO MIR (1990), p. 81; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON (1984), p. 406; y ORTIS BERENGUER: *Abusos y agresiones sexuales...*, p. 30. En la doctrina francesa, también entre otros, LARGUER: *Droit Pénal Général* (1995), pp. 56-57. En la dogmática chilena, COUSINO (1979), II, p. 513; CURRY (1996), I, p. 363; GARRIDO MONTT (1992), p. 124; NAQUIRA (1998), p. 306; NOVOA (1985), I, p. 436, y POLITOFF (1997), I, p. 401. En un sentido distinto, ETCHERRRY (1998), I, pp. 240-241), quien aprecia aquí una causal de justificación.

fundir el consentimiento que se presta para la realización del acceso carnal, con otras manifestaciones de voluntad que pudiere realizar la víctima, ya por su propio bienestar, ya para impedir otros males anexos a la ejecución del delito.<sup>24</sup> Tampoco cabe deducir el consentimiento de cualquier signo que demuestre algún grado de excitación sexual en el sujeto pasivo, básicamente porque tal reacción es perfectamente compatible con una voluntad contraria a la realización del hecho.

#### A) EMPLEO DE FUERZA

Se entiende por *fuerza* la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Dicha violencia puede asumir la forma de *vis absoluta* (fuerza física irresistible), cuando el sujeto pasivo, reducido a la condición de simple objeto, ve anulada completamente su voluntad y su capacidad defensiva; o bien la forma de simples *vías de hecho*, es decir, actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra.<sup>25</sup>

Un importante sector de la doctrina (y con nutrido apoyo jurisprudencial en España) sostiene que la fuerza ha de ser ejercida con el propósito de vencer la *resistencia* de la víctima, afirmación que, por cierto, conlleva el convencimiento de que la configuración del delito presupone alguna forma de reacción en contra del ataque del agresor.<sup>26</sup> Este punto de vista, muy enraizado en la tradición jurídica europea, sobre todo gracias al respaldo que en su momento le brindó Carrara, tiene su expli-

<sup>24</sup> Por ejemplo, el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 27.02.91, ha resuelto, acertadamente, que no cabe deducir el consentimiento del hecho que la víctima, comprendiendo la inevitabilidad de la violación, requiera al delincuente el uso de un preservativo. Cfr. la reseña y la opinión favorable de ORTIS BERENGUER (1996), pp. 915-916.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE (1996), p. 184.

<sup>26</sup> Con referencia al derecho argentino, DONNA (1999), pp. 404-405. En relación con el derecho francés, VERON: *Droit Pénal Spécial* (1999), p. 52.

cación en la costumbre de concebir la violación como un delito contra la *honestidad*, y más específicamente en contra de la *honra* de la mujer, atributo al cual llegó a asignársele un valor igual o superior al de la vida,<sup>27</sup> y para cuya defensa se consideraba como normal (y, por tanto, exigible) que la víctima adoptara una actitud de bravura y coraje que nunca se exigió respecto ningún otro delito.<sup>28</sup> Aunque la doctrina contemporánea ha mitigado en gran medida este planteamiento, sigue sosteniendo que la *resistencia* de la víctima es un requisito indispensable para que se configure la violación.<sup>29</sup> Respetto de aquella exigencia, los autores dicen que debe ser seria y enérgica, claramente expresiva de la voluntad contraria a la realización del acto sexual, si bien no todos exigen que sea desesperada o cercana a los límites de la heroicidad,<sup>30</sup> ni que se mantenga durante toda la ejecución del delito.<sup>31</sup>

No nos parece, sin embargo, que éste sea el criterio correcto; como tampoco parece serlo para un segmento importante de la doctrina española e italiana.<sup>32</sup> Si bien es cierto que en otras épocas y circunstancias primó el criterio de la *resistencia heroica*; éste dio paso, primero, al de la *resistencia seria* y, en fecha más reciente, a la convicción de que lo verdaderamente importante es la actitud violentista del sujeto activo, concebida al margen de una eventual fuerza opositora de parte de la víctima.<sup>33</sup>

Al respecto, hay numerosos casos en que la agresión será de tal envergadura (ya por su intemperividad, ya por la brutalidad

<sup>27</sup> Recordemos que hasta hace muy poco, en España la violación de una mujer era castigada con igual pena que el homicidio. Sobre las opiniones doctrinales que más influencia tuvieron en la sobrevaloración del requisito de la resistencia, MENDOZA DURAN: *El delito de violación*, pp. 59-69.

<sup>28</sup> Cf. SUAY HERRNANDEZ: *Ausencia de consentimiento...*, pp. 1067-1068.

<sup>29</sup> Cf., por todos, BARRERA DOMINGUEZ: *Delitos sexuales*, pp. 82-83, y SPROVIERO: *Delito de violación*, pp. 252-258.

<sup>30</sup> Para una completa visión de las condiciones que la doctrina suele plantear en torno al requisito de la resistencia de la víctima, CARMONA SALGADO (1993), pp. 249-251; RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones sobre el delito de violación...*, pp. 43-44, 435, y VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, pp. 305-306.

<sup>31</sup> En tal sentido, entre otros, BUSTOS (1986), p. 136. En contra, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 118.

<sup>32</sup> En relación con esta última, cf. BERTOLINO: *Violencia sexual*, pp. 392-393; FIANDACA: *Prospettive di riforma...*, p. 409, y PADOVANI: *Commentario*, p. 9.

<sup>33</sup> Cf. DE VEGA RUIZ: *La violación...*, p. 83.

de la violencia ejercida), que haga inoperante cualquier intento de oposición por parte de la víctima.<sup>34</sup> Tampoco debemos olvidar que el tipo no contiene de modo explícito la exigencia de que la víctima asuma una actitud de resistencia, ni hay en él expresión alguna de la cual pueda inferirse un requerimiento en tal sentido, de modo que la pretensión de agregar un requisito como éste implica transgredir el *mandato de certeza* inherente al principio de legalidad. La descripción típica, en efecto, se limita a exigir que el delincuente utilice fuerza, y este comportamiento agresivo puede explicarse tanto en una reacción defensiva del sujeto pasivo, como también puede originarse en la simple manifestación de una voluntad contraria por parte de la víctima (no acompañada de actos constitutivos de resistencia) o en la simple convicción de que ésta se opondrá a sus designios.<sup>35</sup>

Además, el requerimiento de una actitud de resistencia merece serios reparos, tanto en el plano dogmático como desde una perspectiva político-criminal y desde un punto de vista sistemático. Tocante a lo primero, aquella exigencia implica que la reconstrucción dogmática del tipo se efectúa sobre la base de una confusión entre dos elementos que poseen una naturaleza y un sentido diversos, porque un elemento que la ley claramente pone dentro de la esfera de actuación del delincuente (el uso de fuerza), se elabora doctrinalmente tomando como base otro elemento (la resistencia), que pertenece a la esfera de actuación de la víctima. Y, lo que es más grave, se incurre en el descuerdo lógico de definir un elemento a partir de otro elemento cuya existencia se deduce a partir de la propia definición del primero. Desde una perspectiva político-criminal, por su parte, el requerimiento de que la víctima se resista no sólo desvirtúa el ámbito de protección del delito, pues restringe la tutela de la indemnidad sexual sólo a aquellos casos en que la víctima actúa positivamente en defensa de su incolumidad, sino que además expone otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, al exigirle que adopte una actitud que claramente pone en riesgo su integridad física y su vida. Desde una perspectiva sistemática, en fin, carece de

<sup>34</sup> Cf. QUERALT JIMENEZ (1992), p. 136.

<sup>35</sup> Cf. PADOVANI: *Commentario*, pp. 19-20.

justificación que la doctrina exija una actitud de resistencia en el caso de la violación, cuando no hace lo mismo respecto de otros delitos que también demandan el empleo de energía física (v. gr., en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas).<sup>36</sup>

En contra del planteamiento que aquí se sostiene, podría argumentarse que el numeral 2º del inciso segundo del art. 361 contempla, como modalidad ejecutiva del delito de violación, el caso en que el delincuente aprovecha la incapacidad de la víctima *para oponer resistencia*, de lo cual alguien podría deducir que en los casos contemplados en el numeral anterior sí sería exigible una actitud de resistencia de parte del sujeto pasivo. Tal razonamiento, sin embargo, es errado, porque lo contrario a *incapacidad para oponer resistencia* es, precisamente, la capacidad o aptitud para oponerla, y no su efectivo acometimiento.

Para la configuración del delito, en consecuencia, no se requiere que el sujeto pasivo haya intentado actos concretos de resistencia o defensa; basta con que no haya habido una adhesión voluntaria de su parte a la realización del hecho.<sup>37</sup> Por su parte, la fuerza no ha de ser entendida como violencia destinada a vencer la resistencia de la víctima, sino, simplemente, como violencia ejercida en contra de quien no ha consentido la realización del acceso carnal.

## B) INTIMIDACIÓN DE LA VÍCTIMA

El criterio dominante en esta materia identifica intimidación con amenaza, y define la primera como un acto de violencia moral o *vis compulsiva*, mediante el cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor.

<sup>36</sup> En un sentido análogo, FLANDACA: *Prospettive di riforma...* p. 410.

<sup>37</sup> Así lo ha manifestado en algunas ocasiones el Tribunal Supremo de España; por ejemplo, en sentencias de 27 de febrero y 21 de marzo de 1995. Cfr., al respecto, DÍAZ MAROTO (1998), pp. 106-107. Para una visión más completa de la corriente doctrinal y jurisprudencial que aminora los requisitos de la resistencia y que, en ocasiones, prescinde de ella, BOIX REIG: *De la protección de la moral...*, pp. 14-15, y SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento...*, p. 1067.

Tal como sucede en el caso de la fuerza, existe también un alto grado de consenso sobre los rasgos distintivos de esta modalidad ejecutiva.<sup>38</sup> Así, se dice que la amenaza puede concretarse en palabras o en acciones; que el mal amenazado debe ser inmediato o inminente; que debe ser serio y dotado de una cierta gravedad;<sup>39</sup> que ha de ser injusto o ilegítimo; que puede dirigirse en contra de la propia víctima o de terceros,<sup>40</sup> y que ha de existir, en fin, una relación de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo que persigue el delincuente.

Según nuestra opinión, sin embargo, la sinonimia que suele establecer la doctrina entre *amenaza* e *intimidación* carece de todo sustento: mientras el primero es un concepto de carácter objetivo, que alude a un comportamiento del hechor, el segundo es un concepto estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo. Si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la intimidación será la consecuencia de haberse ejercido una amenaza en contra de la víctima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción psicológica provenga de un hecho anterior (que el delincuente simplemente aprovecha); de la sola presencia del agresor (y con mayor razón si son varios); de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueren conocidos por la víctima; de comportamientos vejatorios de que ésta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar.<sup>41</sup> Porque ni toda amenaza produce el

<sup>38</sup> En general, sobre el conjunto de condiciones y caracteres que la doctrina postula en relación con la amenaza, cfr. BARRERA DOMÍNGUEZ: *Delitos sexuales*, pp. 85-89; CARMONA SAI GADO (1993), pp. 251-254, y VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, pp. 308-309.

<sup>39</sup> Un segmento de la doctrina ha llegado al extremo de afirmar que el hecho amenazado ha de ser constitutivo de delito; y, para algunos autores, un delito castigado con igual o mayor pena que la violación. Cfr. GIMBERNAT, *Sobre algunos aspectos del delito de violación...*, p. 289; TIEGHI: *Delitos sexuales*, pp. 282-283. En general sobre los intentos de restringir teleológicamente el tipo de violación intimidatoria, cfr. SILVA SANCHEZ: *Consideraciones vicinológicas...*, pp. 130-131.

<sup>40</sup> Un sector de la doctrina admite, aunque excepcionalmente, las amenazas que se dirigen en contra de las cosas. Así, por ejemplo, BUSTOS (1986), pp. 136-137.

<sup>41</sup> En España, desarrolla este planteamiento, SUAY HERNÁNDEZ: *Ausencia de consentimiento...*, pp. 1064-1066. Cfr. también SPROVIERO: *Delito de violación*, pp. 130-131, quien afirma que la intimidación "no puede ceñirse a una amenaza" y que lo determinante es el "efecto de debilitamiento psicológico de la víctima". En un sentido análogo, ORTS BERENGUER: *Abusos y agresiones sexuales...*, pp. 44-45.

efecto de intimidar a la persona en contra de quien se dirige, ni toda intimidación es la consecuencia de una amenaza.

Por este motivo, restringir el alcance de la intimidación sólo a los casos en que el autor hubiere amenazado a la víctima, implica hacer caso omiso del claro texto de la ley (el cual demanda intimidación y no amenaza), y con clara transgresión del principio de *legalidad* (al hacer exigible un elemento que el tipo no menciona). Conlleva, al mismo tiempo, una limitación injustificada del ámbito de protección de la indemnidad sexual, por que se restringe la tutela de dicho bien sólo a una parte de los casos en que está presente la intimidación.

Como es obvio, para determinar si concurre o no este elemento resulta indispensable tomar en consideración las circunstancias personales del agresor y de la víctima; en especial, el grado de impresionabilidad de esta última.<sup>42</sup> En otras palabras, no interesa tanto la magnitud objetiva del estímulo que hubiere provocado el temor o el amedrentamiento del sujeto pasivo, como su capacidad de reacción frente al mismo.

### C) PRIVACIÓN DE SENTIDO DE LA VÍCTIMA

Con anterioridad a la reforma de 1999, el Código Penal chileno contemplaba una fórmula genérica, consistente en que la víctima se hallara *privada de razón o de sentido por cualquier causa*. Dada la amplitud de sus términos, dicha fórmula captaba la totalidad de las situaciones en que el sujeto pasivo carecía de la lucidez necesaria para consentir la realización de la cópula, fuera por razones patológicas o simplemente circunstanciales. En la actualidad, en cambio, la figura de la privación de sentido aparece contemplada en el numeral 2º del inciso segundo del artículo 361, con total independencia de los casos en que la víctima padece de alguna anomalía psíquica, los cuales están agrupados en el numeral siguiente bajo los conceptos de *enajenación y trastorno mental*.

En consecuencia, bajo la actual redacción, es claro que la privación de sentido alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que no obedezca (como único factor desencadenante) a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad. Si bien la falta de conciencia ha de ser lo suficientemente intensa como para privar a quien la padece del pleno uso de las facultades volitivas (y, concretamente, en relación con el ejercicio de la actividad sexual), no es necesario que llegue al extremo de una pérdida total de sentido.<sup>43</sup>

La privación de sentido puede tener origen en el comportamiento del propio delincuente, en una decisión voluntaria de la víctima o en una causa meramente accidental. Entre los factores desencadenantes de este estado de perturbación de la conciencia, la doctrina suele mencionar: el consumo de alcohol y de sustancias estupefacientes o anestésicas; la hipnosis y, en general, las pérdidas de conciencia derivadas de una contusión o de algún fenómeno somático (como ocurre en el caso de los desmayos).<sup>44</sup> En términos generales, los autores se muestran reacios a admitir que se configure esta modalidad delictiva por el simple hecho que la víctima se encuentre dormida, si bien hay quienes lo admiten tratándose de alguna situación excepcional, como la ingestión de somníferos.<sup>45</sup> También suele rechazarse el consumo de sustancias afrodisíacas, "porque si bien pueden producir una considerable excitación en la libido del sujeto que las ingiere, no tienen por qué privarlo en ningún momento de sentido."<sup>46</sup>

En verdad, de ninguno de los factores recién mencionados puede decirse que sea, por sí mismo y en todo caso, motivo suficiente para tener por establecida la concurrencia de un estado de privación de sentido. Más que la naturaleza del estímulo,

<sup>43</sup> Si tal fuera la intención de la norma, lo diría expresamente, como lo hace el artículo 10 N° 1 cuando exige que el individuo se encuentre "totalmente privado de razón".

<sup>44</sup> Cfr., por todos, SERRANO GÓMEZ (1997), p. 186.

<sup>45</sup> Por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ (1992), p. 139.

<sup>46</sup> CARMONA SALGADO (1993), p. 256.

<sup>42</sup> Cfr. BOIX REIG: *De la protección de la moral...*, pp. 14-15, y RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones sobre el delito de violación...*, pp. 434-436.

Lo que en rigor interesa son las consecuencias que éste produce a nivel de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima; de modo que la causa de la privación de sentido podrá ser cualquiera, siempre que haya llegado al extremo de suprimir en la víctima la determinación consciente de sus actos. Tal como sucede en el caso de las hipótesis previstas en el numeral anterior, aquí también será necesario ponderar las condiciones personales de la víctima, en especial su capacidad de resistencia o tolerancia frente al estímulo que provoca el estado de perturbación volitiva. Incluso, deberán considerarse aspectos de índole patológica, los que pueden provocar en algunos individuos un grado de resistencia notablemente inferior al normal.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la enajenación y del trastorno mental de la víctima, aquí no se exige que el hecho *abuse* del estado de privación de sentido, de manera que esta modalidad ejecutiva concurre siempre que se dé el presupuesto objetivo de la alteración de la conciencia, aunque se demuestre que el sujeto pasivo habría consentido, en caso de estar en pleno uso de sus facultades.<sup>47</sup> Distinta es la situación si la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación.

#### D) ABUSO DEL DESVALIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Contemplada en el mismo numeral 2º del inciso segundo del art. 361, esta hipótesis comisiva se da cuando el delincuente aprovecha la incapacidad de la víctima para oponer resistencia.<sup>48</sup> No

<sup>47</sup> En el mismo sentido, aunque razonando sobre el texto vigente con anterioridad, ETCHEBERRY (1998), IV, p. 60.

<sup>48</sup> En algunas legislaciones, de lo cual es ejemplo el Código Penal portugués, se exige que el propio autor del delito haya puesto a la víctima en la imposibilidad de resistir. Cfr. MAIA GONÇALVES (1996), p. 621. El criterio dominante en el derecho comparado, sin embargo, vincula esta hipótesis con el estado de vulnerabilidad preexistente, como sucede en el Código Penal francés. Cfr. VERON: *Droit Pénal Spécial* (1999), p. 51.

se trata de que el sujeto pasivo esté en la imposibilidad de prestar un consentimiento válido para la realización de actos de significación sexual, como ocurre en las hipótesis de fuerza, intimidación y privación de sentido, sino de que padezca algún *impedimento físico* que lo inhabilite para oponerse a cualquier pretensión de índole sexual que vaya en contra de su voluntad. Las situaciones que quedan abarcadas por esta modalidad ejecutiva consisten básicamente en una disminución de las capacidades físicas del sujeto pasivo, lo que puede estar motivado por la edad, por algún accidente o por razones estrictamente patológicas. Puesto que el tipo alude a *incapacidad* (haciendo referencia con ello a una situación de carácter estrictamente personal), no cabe hacer extensiva la figura a otros supuestos en que la imposibilidad de resistir obedece a razones que tienen que ver con el mundo circundante o el escenario que el delincuente escoge para llevar a cabo la agresión, como la soledad, la falta de auxilio oportuno o la nocturnidad.<sup>49</sup>

Por su parte, como la figura en estudio nada tiene que ver con la aptitud psíquica para consentir, y como, además, el tipo exige abuso de la situación de desvalimiento, es perfectamente factible que una persona que se encuentra en la situación descrita en la norma manifieste válidamente su voluntad para la realización del acceso carnal, caso en el cual dicho comportamiento quedará exento de castigo por ausencia de tipicidad.

#### E) ABUSO DE LA ENAJENACIÓN O DEL TRASTORNO MENTAL

Con esta fórmula, contemplada en el numeral 3º del inciso segundo del art. 361, la ley alude al aprovechamiento de cualquier alteración de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima, debida, exclusivamente, a razones patológicas.<sup>50</sup> En verdad no existe una diferencia semántica entre los términos enajenación y trastorno mental: ambos se refieren a una disfunción de los procesos psíquicos y cualquier intento por establecer una distinción entre ambos, además de estéril, carece de toda trascendencia en el plano dogmático.

<sup>49</sup> Cfr. SPROVIERO: *Delito de violación*, pp. 143-144.

<sup>50</sup> Cfr. ORTIS BERENGUER: *Abusos y agresiones sexuales...*, p. 32.

Como el tipo exige un *abuso* de la situación en que se encuentra la víctima, los autores entienden que no basta con el hecho objetivo de la alteración de las facultades psíquicas, sino que debe producirse un aprovechamiento de esta situación. Y esto conlleva que no toda relación sexual que se tiene con una persona enajenada o trastornada mentalmente es ilícita: sólo lo será en caso que el delincuente utilice en su favor la ventaja que le confiere la falta de lucidez de la víctima.<sup>51</sup>

Puesto que el tipo no distingue acerca de la naturaleza de la alteración mental, podrá tratarse de un estado permanente e irreversible, o de una situación transitoria. Lo que sí interesa es la intensidad de la perturbación mental, con el objeto de establecer una diferenciación con la modalidad de estupro contemplada en el numeral 1º del art. 363, que se refiere al abuso de alguna anomalía o perturbación mental, "que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno". La mayor o menor *entidad* de la anomalía no debe relacionarse con la capacidad para consentir válidamente a la realización del acceso carnal, porque tanto en la violación como en el estupro se da la exigencia común del abuso, con lo cual es claro que en ambos casos el consentimiento carecerá de validez. La diferencia, entonces, debe buscarse en la propia intensidad de la anomalía, pero en relación con los efectos que ésta produce en la capacidad defensiva de la víctima, teniendo presente, en pro de la coherencia interna de cada tipo, las otras situaciones que la ley considera al tipificar la violación y el estupro. En el caso de aquélla, la enajenación o trastorno mental debe dejar a la víctima en situación de no darse cuenta siquiera de que alguien la hace víctima de un ataque sexual; en el caso del estupro, en cambio, Y como ocurre en todas las hipótesis de este delito, la víctima ac-

<sup>51</sup> En términos generales, la doctrina manifiesta una opinión favorable a que la ley reconozca a las personas mentalmente incapacitadas la posibilidad de ejercer una actividad sexual, lo que, incluso, se estima que puede ir en provecho de las mismas. Cfr. MUÑOZ CONDE (1996), p. 193; ORTS BERENGUER (1996), pp. 940-941, y QUERALT JIMENEZ (1992), p. 140. Hay, por el contrario, quienes sostienen que la exigencia de abuso "no deja de ser un pleonismo gramatical", dado que el acto sexual que se realiza con una persona enajenada lleva implícita la idea de abuso. En este sentido, DE VEGA RUIZ: *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, pp. 23-25.

túa con conciencia (aunque sea relativa) de que alguien la somete a un acto abusivo.

La doctrina, en general, juzga en términos positivos el reemplazo del término *privación de razón*, con que antes el artículo 361 expresaba los casos de anomalías mentales, por el vocablo *enajenación*, del cual suele decirse que posee un mayor grado de determinación.<sup>52</sup> Entre las anomalías que los autores consideran aptas para configurar el estado de perturbación mental exigido por la norma, se mencionan las psicosis, las oligofrenias, las paranoias, las esquizofrenias, la epilepsia, las psicopatías y algunos supuestos de neurosis y depresiones profundas. Tal como ocurre en el caso de la privación de sentido, más que la denominación de la patología (y puesto que todas ellas pueden alcanzar diversos grados de intensidad), lo que realmente interesa es la importancia del trastorno que sufre la víctima, sobre todo considerando que prácticamente todas ellas también podrían dar lugar a las exigencias que formula el tipo de estupro.

#### F) MINORÍA DE DOCE AÑOS

Contemplada en el art. 362, esta modalidad ejecutiva consiste en el simple dato objetivo de tener la víctima menos de doce años cumplidos.<sup>53</sup> En este caso, la ley presume *iuris et de iure* que el delincuente ha abusado del sujeto pasivo o, lo que es lo mismo, que no hubo consentimiento de su parte.<sup>54</sup> Por cierto se trata, como lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia española, de la edad cronológica de la víctima, sin atender a su desarrollo mental.<sup>55</sup> Salvo algunas opiniones aisladas,<sup>56</sup> en su gran mayo-

<sup>52</sup> CARMONA SALGADO (1993), pp. 256-260.

<sup>53</sup> La opinión científica más difundida sitúa el límite de la madurez sexual alrededor de los 13 años en la mujer y a los catorce en el varón. SCHÖLLGEN: *La sexualidad y el delito...*, p. 109.

<sup>54</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE (1996), p. 192. En un sentido diverso, ORTS (1990), p. 629, para quien la presunción se refiere a "la incapacidad de la víctima para autodeterminarse en la esfera sexual". Cfr. la crítica que al respecto formula CARMONA SALGADO (1993), pp. 260-261.

<sup>55</sup> Cfr., por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo Español de 30.04.93, en DE VEGA RUIZ: *La violación...*, pp. 101-107. También DIAZ MAROTO (1998), p. 116.

<sup>56</sup> Cfr. ELBERT: *La cuestión de los delitos sexuales...*, p. 27.

ría los autores se muestran partidarios del establecimiento de un límite fijo en cuanto a la edad del sujeto pasivo, por estimarlo más acorde con la necesidad de certeza jurídica.<sup>57</sup>

La violación de una persona menor de doce años puede perfectamente cometerse con alguna de las modalidades de ejecución que contemplan los tres numerales del inciso segundo del art. 361, caso en el cual el tipo que se configura y la penalidad aplicable son los que contempla el art. 362. Este último precepto dispone que la pena prevista en él ha de imponerse "aunque no concurre circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior"; de lo cual se deduce que en caso de concurrir alguna de tales circunstancias, la pena aplicable es, de todos modos, la que establece el art. 362.

##### 5. FAZ SUBJETIVA DEL TIPO

El tipo, en verdad, no contiene ninguna referencia especial en el plano subjetivo, de manera que este tema queda entregado por completo a las reglas generales. Así, tanto por su ubicación sistemática (dentro del título relativo a los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, y no dentro del título relativo a los delitos contra las personas) como por la imposibilidad lógica de concebir un acceso carnal ejecutado por imprudencia o negligencia, queda excluido el castigo de la violación a título de culpa. Respecto del dolo, puesto que el tipo no contempla ninguna exigencia especial, en principio éste po-

<sup>57</sup> Lo que sí resulta criticable es la equiparación que establece el tipo entre la edad del varón y de la mujer, tanto por razones biológicas (puesto que el niño alcanza su madurez sexual más tardíamente que la niña), como por razones sistemáticas (la ley civil reconoce que la pubertad comienza a los doce años en el caso de la mujer, y a los catorce en el caso del varón). No existe, en verdad, razón alguna que justifique haber alterado el sistema vigente con anterioridad, que contemplaba como sujeto pasivo de esta forma de violación al imputber. Una solución, en cierta forma transaccional, es la adoptada por la legislación española, en virtud de la L. O. 11, de 30 de abril de 1999, que elevó a trece años el límite de edad bajo el cual se considera a la persona incapacitada para consentir la realización de actos sexuales (que el Código Penal de 1995 había fijado en doce años). En relación con este cambio, cfr. la opinión crítica de TAMARIT SUMALLA (1999), p. 5.

drá adoptar la forma de directo o eventual. Tal afirmación, sin embargo, no rige para las hipótesis contempladas en los numerales 2º y 3º del inciso segundo del artículo 361, las cuales, por requerir una actuación *abusiva*, suponen la concurrencia de dolo directo.<sup>58</sup>

Desde luego, el desconocimiento o la equivocación acerca de cualquiera de los supuestos de hecho que contemplan los artículos 361 y 362 (por ejemplo, que la víctima está efectivamente intimidada o que es menor de doce años) y, en general, la creencia equivocada de que se cuenta con la anuencia del sujeto pasivo, son situaciones de error de tipo, que, en caso de ser invencibles, excluyen el dolo, y, por ende, el castigo.<sup>59</sup>

Un sector de la doctrina (minoritario en la actualidad) considera que, además del dolo, el delito de violación exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en un *ánimo libidinoso* o propósito de obtener una satisfacción sexual.<sup>60</sup> En nuestro concepto, el solo hecho que el tipo no contenga una exigencia especial en tal sentido, es motivo suficiente para descartar la pretensión de incluir por vía interpretativa un elemento que la ley no demanda (restringiendo de ese modo, injustificadamente, el ámbito de protección de la indemnidad sexual). Corroborada este planteamiento el hecho que otros tipos del mismo título —entre ellos, algunos que fueron creados o modificados por el mismo texto legal que reestructuró la violación— sí contengan exigencias de orden subjetivo, como, por ejemplo, la figura contemplada en el artículo 366 quáter, la cual requie-

<sup>58</sup> De una opinión distinta, DONNA (1999, p. 497), quien postula la exigencia de dolo directo para la totalidad de las hipótesis constitutivas de este delito.

<sup>59</sup> Cfr. RODRIGUEZ RAMOS (1996), pp. 161-162, y SUAY HERNANDEZ, *Ausencia de consentimiento...*, pp. 1068-1069. Como excepción a las reglas generales, el artículo 609 sexies del Código Penal italiano dispone que cuando la víctima fuere menor de catorce años, el inculpado no podrá invocar como excusa la ignorancia acerca de la edad de la persona ofendida. Cfr. VINGIGUERRA, *Codice Penale*, p. 283.

<sup>60</sup> Entre varios otros, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 117; ORTS (1990), pp. 631-632, y SERRANO GOMEZ (1997), p. 178. En contra, CARMONA SALGADO (1996), p. 306, y MUÑOZ CONDE (1996), p. 185. En la doctrina italiana prima el criterio que considera esta clase de infracciones como *delitos de tendencia*, y en tal virtud es común que se postule la exigibilidad de una motivación lasciva. Cfr. CADOPPI: *Commentaria*, p. 20, y PICOTTI: *Il delitto sessuale...*, pp. 420-421.

re que el delincuente actúe "para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro".

El argumento de que el pretendido ánimo lascivo es normalmente inherente a la propia naturaleza del acto sexual, no resulta admisible, porque los casos excepcionales en que el acceso carnal es realizado por otras motivaciones (por ejemplo, venganza, el simple interés de humillar a la víctima o la pretensión de demostrar hombría frente a un grupo) e incluso los casos en que la ejecución de aquel comportamiento produzca desagrado (como cuando el sexo de la víctima no se corresponde con la orientación sexual del hechor), también aparecen captados por los términos *tener acceso carnal*, con que la ley describe la conducta, de modo que excluirlos del ámbito de la punición signífica, lisa y llanamente, interpretar esas expresiones en contra del sentido que claramente fluye de su texto.<sup>61</sup> Y, desde otra perspectiva, la exigencia de un ánimo libérico implica desvirtuar el claro sentido de protección de la indemnidad sexual que ostenta el delito de violación, transformándolo en una instancia para penalizar la satisfacción de deseos sexuales por parte de un individuo, cosa que, por cierto, carece de sustento, tanto en la letra como en los antecedentes sistemáticos e históricos del tipo.<sup>62</sup>

## 6. ANTIJURIDICIDAD

Puesto que el consentimiento no actúa en este caso con efecto justificante, sino excluyente de la tipicidad,<sup>63</sup> y ante la imposibilidad lógica de compatibilizar las restantes causales de justifica-

<sup>61</sup> Tampoco parece correcto descartar la exigencia de aquel ánimo lascivo, como lo hace la profesora CARMONA SALGADO (1996, p. 306), argumentando que éste "ya estaría abarcado por el dolo", porque para que tal cosa fuera efectiva se requeriría que el tipo contuviera una exigencia de orden objetivo, a la cual lo que, por cierto, tampoco se da en el tipo de violación. En relación con la doctrina chilena, PÉREZ SANCHEZ, *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 37-38.

<sup>62</sup> Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento...*, pp. 1068-1069.

<sup>63</sup> En este mismo sentido, COUSINO (1979), II, p. 513; CURY (1996), I, p. 363; GARRIDO MONTT (1992), p. 124; NAQUIRA (1998), p. 306; NOVOA (1985), I, p. 436, y POLITOFF (1997), I, p. 401. En un sentido distinto, ETCHEBERRY (1998, I, pp. 240-241), quien, como ya dijimos, aprecia aquí una causal de justificación.

ción con el delito que ahora nos ocupa, sólo cabe afirmar que, respecto de éste, no opera con efecto justificante ninguna de las causales excluyentes de la ilicitud que contempla el ordenamiento jurídico chileno. Siendo válida esta afirmación, ella merece algún comentario más detenido respecto del *ejercicio legítimo de un derecho*, cuya procedencia algunos admiten para el caso específico de la violación entre cónyuges o convivientes.

En efecto, un sector minoritario de la doctrina —asumiendo una posición que en la actualidad sólo tiene connotaciones históricas— sostuvo que el marido tendría una especie de derecho al *débito conyugal* (el cual importaría la obligación correlativa de la cónyuge de acceder a los requerimientos que se le formularan en virtud de tal prerrogativa); de manera que el marido que acometiese una acción de índole sexual, aun contra la voluntad de su cónyuge, actuaría lícitamente, pues no haría otra cosa que poner en ejercicio un derecho que legítimamente le corresponde.<sup>64</sup>

Prácticamente la unanimidad de los autores contemporáneos niega que en este caso se dé una situación de ejercicio legítimo de un derecho (y que, por esto mismo, resulte excluida la antijuridicidad), básicamente porque el supuesto derecho al débito conyugal, al no estar regulado en el ordenamiento positivo, es una figura jurídica inexistente; y, más aún, aunque tal derecho existiera, su ejercicio no podría considerarse lícito en caso que el marido ejerciera fuerza o intimidación en contra de su cónyuge.<sup>65</sup> Desde otro punto de vista, y como en su oportunidad lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo de España, el delito de violación importa un atentado en contra de la capacidad de autodeterminación, de manera que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de esta infracción es el hecho de tratarse de una persona libre para decidir en cuanto al ejercicio de la actividad sexual, y esta cualidad, que corresponde a todo ser humano —en razón de su propia naturaleza— no se ve afectada por el matrimonio, el cual

<sup>64</sup> Cfr. MARTINEZ ZUÑIGA: *Derecho penal sexual*, p. 142.

<sup>65</sup> Víd. la argumentación que desarrolla CARMONA SALGADO (1993), pp. 262-264 y (1996) p. 307. Respecto del derecho italiano, cfr. BERTOLINO: *Violanza sessuale*, p. 390. Con referencia al derecho argentino, DONNA (1999), pp. 393-394. Y en relación con el derecho chileno, ETCHEBERRY (1998), IV, pp. 61-62; GARRIDO MONTT (1998), III, pp. 285-286, y LABATUT (1992), II, p. 138.

no impone a los cónyuges una reducción de su libertad de decisión en el campo de las relaciones sexuales.<sup>66</sup>

En el caso del derecho chileno, cabe añadir todavía un nuevo argumento, cual es que el art. 369 inciso tercero regula expresamente ciertos aspectos relacionados con la persecución del delito de violación que un cónyuge o conviviente cometiere en contra de aquel con quien hace vida en común; y que tal regulación gira en torno a la idea de un delito ya cometido (respecto del cual se plantean ciertas reglas atinentes a su punibilidad) y no en torno a una eventual licitud del acceso carnal, no consentido, entre cónyuges.

Una posición distinta, y en cierto modo intermedia entre la de quienes admiten la licitud del acceso carnal no consentido entre cónyuges y la de quienes la niegan, es el planteamiento de algunos autores que admiten la configuración de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (y, en consecuencia, la licitud del acceso carnal no consentido) cuando la mujer no tiene una razón legítima para negarse a la realización del acto sexual. De tener ésta un motivo legítimo para negarse a cumplir el *debtio conjugale* (por ejemplo, en caso que el otro cónyuge padezca alguna enfermedad contagiosa o le exija la realización de un acto *contra natura*), no cabría hablar de ejercicio legítimo de un derecho por parte del marido.<sup>67</sup> Este planteamiento, sin embargo, en cuanto parte de la base de que, en principio, existiría un derecho del marido a disponer del cuerpo de la mujer, carece de fundamento por las mismas razones ya expuestas al rechazar la pretensión de dar por existente aquella prerrogativa.

## 7. *ITER CRIMINIS*

Ya hemos señalado que el acceso carnal se consuma cuando existe penetración del miembro masculino, sin que sea necesaria una introducción completa del pene, ni la efectiva satisfacción del

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23.02.93, en DE VEGA RUIZ: *La violación...*, pp. 92-96.

<sup>67</sup> En tal sentido, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLAZQUEZ (1996), p. 11, y, con referencia al derecho argentino, BERNAUS (1988), p. 92, y FONTAN BALESTRA (1996), pp. 61-62.

apetito sexual por parte del hechor.<sup>68</sup> Si bien este punto no ofrece mayores dificultades ni genera, actualmente, controversia a nivel doctrinal o jurisprudencial, se discute, en cambio, si caben respecto de este delito las etapas anteriores a la consumación y cuáles serían los actos que quedarían comprendidos en ellas.<sup>69</sup>

En pro de una respuesta coherente, es preciso tener en cuenta que la violación es un delito de *mera actividad*, porque, aparte de la conducta, el tipo no exige ningún otro suceso; y menos aún, un suceso encuadrable bajo la idea de resultado; es decir, una alteración en el mundo externo, que pueda ser tenida como consecuencia de la realización de la conducta. La pertenencia de la violación a la categoría de los delitos de mera actividad es un hecho que nadie discute en la dogmática contemporánea.<sup>70</sup>

Por ser un delito de mera actividad, la violación es incompatible con la figura del delito frustrado. Como es sabido, de conformidad con lo que prescribe el inciso segundo del art. 7º, dicha figura supone que el agente haya realizado la totalidad de los actos que el tipo exige de su parte, de manera que para la consumación del delito sólo reste la producción del resultado. En los delitos de mera actividad, que por propia definición no demandan un resultado, la ejecución de todos los actos que la ley pone de cargo del sujeto activo implica ya *consumación*, lo cual obsta a la posibilidad de aplicar respecto de ellos la figura del delito frustrado.

En relación con la tentativa, en cambio, la conducta exigida por el tipo de violación es perfectamente fraccionable,<sup>71</sup> de ma-

<sup>68</sup> Vid. supra Cap. V, 2. b).

<sup>69</sup> Recordemos que en su redacción anterior, el art. 362 contemplaba una cláusula según la cual el delito de violación se consideraba consumado desde que había principio de ejecución. Esta norma no sólo resultaba criticable por equiparar en cuanto a la penalidad comportamientos que revestían connotaciones valorativas y materiales muy diversas, desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, sino también por el hecho que no se contemplara una disposición del mismo tenor respecto del delito de violación sodomítica, el que quedaba entregado a las reglas generales en cuanto a la punición de las etapas previas a la consumación. En un sentido crítico del precepto aludido, TIEGHI: *Delitos sexuales*, p. 406.

<sup>70</sup> En la doctrina chilena, hace suyo este planteamiento NAQUIRA (1998), p. 84.

<sup>71</sup> En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN (1993), p. 406. Cfr. JESCHECK: *Tratado...*, II, p. 360.

nera que nada obsta a que un individuo ejecute sólo una parte de los actos concretos que el tipo demanda, caso en el cual se darían cabalmente las condiciones que el inciso tercero del art. 7º exige para la existencia de tentativa.<sup>72</sup> La inviabilidad del delito frustrado de violación y la aceptación del castigo de este comportamiento a título de tentativa son planteamientos que ac-tualmente concitan la adhesión de la unanimidad de las opinio-nes doctrinales.

No ocurre lo mismo a nivel de criterios jurisprudenciales. En España, por ejemplo, si bien la doctrina de los tribunales en la actualidad suele acoger estos planteamientos, registra, sin embargo, decisiones aisladas en las que se ha declarado que la violación es un delito de resultado material (aunque nunca se ha precisado cuál sería ese resultado) y registra, también, numerosos ejemplos de tentativa, y por lo general frente a supuestos de imposibilidad física para la realización de la cópula, como la desproporción de los órganos genitales, falta de erección sobre-veniente, fimosis y eyaculación precoz.<sup>73</sup>

Tanto a nivel de la doctrina científica como de la jurisprudencial, existe consenso en que la realización de los actos enca-minados a doblegar la voluntad de la víctima (empleo de fuerza, ejercicio de actos intimidatorios o acciones tendentes a privar de conciencia a la víctima), sin que llegue a perfeccionarse el acceso carnal, dan lugar a una tentativa de violación. Esta ausencia es válida cualquiera sea la causa que determine la ausencia de penetración: resistencia de la víctima, intervención de terceros, falta de erección, etc., y cualquiera sea, también, el grado de proximidad o de distancia que exista respecto de la consumación del acceso carnal, estimándose que es tentativa incluso

<sup>72</sup> Sobre la procedencia de apreciar la tentativa en un delito de mera actividad, cfr., en la doctrina chilena, la opinión favorable de CURRY (1992), II, p. 201; FTCHERRRY (1998), II, p. 58; NOVOA (1985), I, p. 266, y POLITOFF (1999), pp. 20 y 26. En la dogmática argentina, CREUS (1990), I, pp. 435-436, y ZAFFARONI (1988), IV, p. 457.

<sup>73</sup> Cfr., por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo español, de 14.10.94, en DE VEGA RUIZ: *La violación...*, pp. 97-101, e ídem de 10.07.80, reseñada por CARMONA SALGADO (1993), pp. 265-266. Cfr. también RODRÍGUEZ RAMOS (1996), p. 164.

el llamado *coito vestibular*, es decir, el simple contacto del pene con las zonas externas de la cavidad a través de la cual se haya pretendido acceder carnalmente a la víctima.

Los casos de impedimento físico para la realización de la cópula (como la desproporción entre los órganos genitales del autor y de la víctima e *impotencia coeundi*) configuran una situación de tentativa *invidiosa*, que impide el castigo a título de violación, sin perjuicio de que resulten captados por otro delito.<sup>74</sup> Cuando el impedimento es conocido previamente por el hechor y está cubierto, en consecuencia, por el dolo, no cabe hablar de violación intentada: el título de castigo será, desde luego, el tipo a cuya ejecución estuvo realmente encaminada la actuación del sujeto.

Si bien el ordenamiento jurídico chileno no contempla de modo expreso el desistimiento de la tentativa como causal de exclusión de la penalidad, la doctrina acepta de modo unánime que el abandono voluntario de la ejecución del delito trae como consecuencia la imposibilidad de aplicar la sanción correspondiente al tipo cuya acción se comenzó a ejecutar.<sup>75</sup> Ello obedece a que la definición de delito frustrado (art. 7º inciso segundo) señala que el castigo a ese título queda condicionado a que el resultado no se produzca por una causa independiente de la voluntad del hechor; de lo cual se desprende, *construo sensu*, que si es el propio agente quien actúa voluntariamente para impedir la producción del resultado, faltará uno de los requisitos necesarios para castigar a título de delito frustrado, quedando aquél exento de sanción, al menos según el tipo que estaba en vías de ejecución. Si tal es la solución para el delito frustrado, que supone un grado de desarrollo mayor (la ejecución completa de la conducta), es de toda justicia —y, además, plenamente conforme con una interpretación sistemática del art. 7º— que se

<sup>74</sup> Sobre la plena conformidad de la doctrina en torno a la improcedencia del castigo de la tentativa absolutamente invidiosa en el ordenamiento jurídico chileno, criterio al que adhieren Bustos, Cousiño, Etcheberry, Garrido, Labatut, Novoa y Rivacoba, cfr. POLITOFF (1999), pp. 133-139. En un sentido diverso, CURRY (1992), II, pp. 213-218. En contra de lo que se afirma en el texto, VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, p. 321.

<sup>75</sup> En este sentido, CURRY (1992), II, p. 208; FTCHERRRY (1998), II, p. 63; GARRIDO MONTT (1992), pp. 278-279, y POLITOFF (1999), pp. 227-228.

reconozca el mismo beneficio a quien sólo alcanzó a ejecutar actos encuadrables bajo el concepto de tentativa.

En verdad, toda la doctrina reconoce que quien se desiste voluntariamente de realizar el acceso carnal, luego de haber realizado actos susceptibles de ser calificados como tentativa, queda exento de castigo, al menos a título de violación, porque los autores, sin excepción, reconocen que cabe la sanción por los actos efectivamente ejecutados, según el tipo que en cada caso logre captarlos.<sup>76</sup> El mismo predicamento se advierte en la jurisprudencia española, que siempre ha demostrado una especial preocupación por delimitar el alcance de la voluntariedad del desistimiento, limitándolo por lo general a aquellas situaciones en que no opere un impedimento de orden fisiológico para la completa realización de los propósitos delictivos.<sup>77</sup>

## 8. AUTORIA Y PARTICIPACION

Para dilucidar los complejos problemas que el delito de violación plantea a nivel de autoría y participación, resulta indispensable distinguir entre la conducta básica, representada por el acceso carnal, y los otros comportamientos que suelen acompañar la realización de dicha conducta: el empleo de fuerza física, la ejecución de un acto intimidativo, la administración de alguna substancia o la realización de algún acto que prive de sentido a la víctima y el uso, en fin, de algún procedimiento que deje a esta última en la imposibilidad de resistir la agresión.

Atendida la naturaleza de la conducta básica exigida por el tipo, sólo un varón puede asumir la calidad de autor material del delito de violación. En efecto, si la conducta consiste en ceder carnalmente a la víctima, y este comportamiento ha de ser entendido como penetración del miembro viril en la vagina, el ano o la boca del sujeto pasivo, resulta que sólo una persona de sexo masculino se encuentra materialmente capacitada para "tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata

<sup>76</sup> Cfr. SPROVIERO: *Delito de violación*, p. 102.

<sup>77</sup> Cfr., por todos, CARMONA SALGADO (1996), p. 312, y MUÑOZ CONDE (1996), pp. 185-186.

y directa", cual lo exige el art. 15 N° 1, al caracterizar la figura del autor material.<sup>78</sup>

En cambio, respecto de los otros comportamientos, no existe inconveniente alguno para que la mujer asuma la calidad jurídica de autora,<sup>79</sup> afirmación que, en nuestro concepto, es válida en relación con todas las formas de autoría que contempla el art. 15. Al efecto, es preciso recordar que los tres numerandos de este artículo giran en torno a la idea de *ejecución del hecho*,<sup>80</sup> expresión esta última que no sólo hace referencia al núcleo conductual del tipo, sino a cualquier otro comportamiento que fuere necesario para la consumación del delito. De ahí que el empleo de fuerza física, por ejemplo, forme parte del hecho descrito en el tipo de violación; y como en la realización de aquel comportamiento puede intervenir tanto un hombre como una mujer, resulta que ésta, en verdad, se encuentra habilitada para asumir la calidad jurídica de autora del delito de violación, en cualquiera de las hipótesis de autoría que la norma citada contempla.<sup>81</sup>

Si bien la doctrina, en términos generales, concuerda con estos planteamientos, se muestra, eso sí, renuente a aceptar la figura de la *autoría mediata*, básicamente porque se estima que este es un delito de *propia mano*, que exigirá la intervención directa y material del autor de la conducta incriminada.<sup>82</sup> Sin contar con que la noción de *delito de propia mano* posee entre nosotros un ámbito muy restringido, fundamentalmente por la amplitud de los términos con que el art. 15 del C. Penal chil-

<sup>78</sup> Vid. supra Cap. V, 2. a).

<sup>79</sup> En este mismo sentido, NOVOA (1985), II, pp. 254-255. Cfr., también, entre los autores nacionales, VANNEZ: *Problemas básicos de la autoría...*, pp. 173-174. Con referencia al derecho alemán, JESCHECK: *Tratado...*, p. 944; y al derecho español, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN (1993), p. 387.

<sup>80</sup> En el art. 15 alude, en el N° 1, a "tomar parte en la ejecución del hecho"; en el N° 2, a forzar o inducir a "ejecutarlo"; y en el N° 3, a los que estuvieren "concertados para su ejecución".

<sup>81</sup> De una opinión diversa, con referencia al derecho colombiano, CANCINO MORENO: *Delitos contra el pudor sexual*, p. 180, y VALENCIA: *Estudios de derecho penal especial*, p. 318.

<sup>82</sup> BUSTOS (1986), p. 139, niega la posibilidad de autoría mediata respecto del acceso carnal, pero la acepta respecto de la fuerza, la intimidación y la privación de sentido.

no concibe la autoría,<sup>83</sup> cabe señalar que la intervención de un autor mediato no excluye, sino que, todo lo contrario, presupone, la actuación de otro sujeto que realiza materialmente la acción que el tipo demanda. Si este último es una persona física y jurídicamente habilitada para realizar el acceso carnal, en verdad, no se divisa cuál podría ser el inconveniente para responsabilizar a aquel que ha dominado la voluntad del ejecutor material de la penetración.<sup>84</sup> Más aún, si se acepta el castigo, a título de autor de violación, de quien ejerce en contra de la víctima la fuerza o la intimidación necesarias para llevar a cabo el acceso carnal, no se alcanza a comprender por qué no habría de adoptarse el mismo predicamento respecto de quien fuerza a aquel que ha de realizar la penetración, y menos aún si la fuerza es ejercida conjuntamente (a través de un mismo acto) en contra del autor y de la víctima.

Cabe agregar, finalmente, que si toda la doctrina acepta la figura de la instigación aplicada al delito de violación, que, entre nosotros, es castigada con la misma pena correspondiente a los autores, resulta inexplicable que un comportamiento más grave, como es la autoría mediata, no vaya a recibir también el mismo trato penal.<sup>85</sup>

Tiene cabida, en consecuencia, la figura del autor mediato pudiendo ser éste tanto un hombre como una mujer-; y también, la *participación* de una persona de cualquier sexo, sea a título de inducción, complicidad o encubrimiento.

<sup>83</sup> Cfr. NOVOA (1985), II, p. 191.

<sup>84</sup> Aceptan el castigo de la autoría mediata referida a la violación, en la doctrina alemana MAURACH / ZIPF (1994), I, p. 368, y WESSELS (1980), pp. 12 o 161; en la dogmática argentina, DONNA (1995), II, p. 85, y (1999) pp. 391-392. AFFARONI *Tratado*, IV, pp. 342-346; y, con referencia al derecho español, ACIGALUPO (1987), pp. 335-336; MIR PUIG (1996), pp. 207 y 379-380, y JINTERO OLIVARES (1986), p. 538.

<sup>85</sup> De no aceptarse la figura de la autoría mediata con referencia al delito de violación, la lesión de la indemnidad sexual de la persona que es accedida carnalmente por otro que actúa, por ejemplo, bajo amenaza de un tercero, quedara exenta de castigo. Ello obedece a que el comportamiento de este último tampoco podría ser encuadrado dentro del tipo de abuso sexual, puesto que los artículos 366 y 366 bis expresamente excluyen el acceso carnal.

## EL DELITO DE ESTUPRO

### 1. EXPLICACION GENERAL

El delito de estupro consiste en acceder carnalmente a una persona que presta su anuencia a la realización del hecho, engañada por el delinciente o en razón de haber abusado éste de una situación de superioridad respecto de la víctima. Contrariamente a lo que podría pensarse, entre violación y estupro no existe una relación de género a especie, ni puede decirse que éste constituya una figura residual respecto de aquélla. Aunque atentan en contra del mismo bien jurídico y tienen numerosos puntos de contacto—incluso los une el hecho de estar estructurados en torno a una misma conducta—, ambos tipos describen realidades completamente distintas. La diferencia radica, básicamente, en que mientras en la violación el hecho no cuenta con la voluntad de la víctima, en el estupro, en cambio, el sujeto activo sí cuenta con la aquiescencia de aquélla.

El delito de estupro sufrió una verdadera hipertrofia a raíz de la reforma introducida por la Ley N<sup>o</sup> 19.617, lo cual obedece a que se amplió el sujeto pasivo (antes lo era solo la mujer y ahora lo son también los varones),<sup>1</sup> a que aumentó el espectro de conductas sancionadas (que antes estaba reducido al acceso carnal por vía vaginal y ahora se hace extensivo al acceso por

<sup>1</sup> Un sector de la doctrina había criticado la falta de protección del varón frente a las conductas que actualmente constituyen estupro. Por ejemplo, ELBERT: *La cuestión de los delitos sexuales...* p. 27. En contra, FERNANDEZ ALBOR: *Delincuencia sexual...*, p. 83.