

“¿VIOLACIÓN POR TEMOR REVERENCIAL?”

SCS, 10/03/2003, Rol Nº 4115-02

JUAN PABLO COX LEIXELARD*

1. NOTAS DEL CASO

Acogiendo un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en su sentencia de reemplazo la Corte Suprema confirmó la condena a José Baldovino Alvarado Vidal por el delito de incesto impuesta por sentencia de 26 de junio de 2002 por el Juzgado del Crimen de Ancud, aumentando la pena, y la revocó en lo tocante a su condena por el delito de violación. Con ello puso fin a una oscilante secuencia de escenarios a los que se enfrentó el sentenciado: el Juzgado del Crimen de Ancud lo condenó como autor de los delitos de violación y de incesto; la Corte de Apelaciones de Puerto Montt como autor del delito de violación y, finalmente y como se adelantó, la Corte Suprema, como autor del delito de incesto.

Todo comentario de fallos está inexorablemente marcado por la distancia con los hechos y con su apreciación en juicio, y esa es una marca indeleble que fija como restricción fundamental la necesidad de dar por supuestos los hechos considerados como probados por los tribunales. Aquí,

* Abogado. Doctor en Derecho penal y Ciencias penales. Profesor de Derecho penal, Universidad Adolfo Ibáñez. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación número 11160106, titulado *De la violación coactiva a la interacción sexual no consentida*. A la vez, notas sobre el consentimiento en el sistema del Derecho penal sexual, que me fuera adjudicado en el año 2016.

que José Alvarado, a la sazón de 62 años, vivía con su familia en Quinterquén de Caicahue, Chiloé, y mantuvo relaciones sexuales con su hija M.A.B., de en ese entonces 17 años. Esta es, por supuesto, una descripción especialmente frugal de los sucesos que dieron lugar al caso, pero lo cierto es que a partir de allí todo se embrolla.

En efecto, más allá de este acuerdo inicial, reina una preocupante ambigüedad en los distintos pronunciamientos. Así, el Juzgado del Crimen de Ancud da por acreditado que acompañaron a esas relaciones entre padre e hija “fuerza o amenazas” (considerando cuarto), lo que complementa con la declaración extrajudicial del condenado, en la que se indica que en el monte él “la lanzó al suelo, le bajó los pantalones y procedió a violarla” (considerando séptimo), amenazándola luego con matarla a ella y a su madre si lo denunciaba (considerando séptimo). Posteriormente, y durante meses, continuó cometiendo estos mismos hechos. De otra parte, el tribunal también obra bajo la aceptación de la descripción de los hechos ofrecida por la querellante (considerando séptimo en relación con el considerando segundo número 1), en orden a que ella se negó a “entregarse a él”, gritó e intentó huir, pero él “la atrapó y la lanzó al suelo [...] la despojó del pantalón y la golpeó en la cara”, y finalmente consumó la relación sexual, para luego amenazarla en los términos ya señalados.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sin agregar explicación alguna, elimina los considerandos que hacen referencia a la fuerza física en la sentencia apelada, dando en cambio por establecido que el condenado accedió carnalmente a su hija “mediante el uso de fuerza moral” (considerando primero). Como se ve, esta no es una variación que discurre en el estricto plano de la calificación jurídica de los hechos, sino que, antes bien, los modifica. Aun cuando bajo esta descripción de los hechos la Corte mantiene la condena por el delito de violación del artículo 361 N° 1 del CP, es difícil exagerar la relevancia de la mutación operada, como espero poner de manifiesto en las páginas siguientes de este comentario.

Dejado de lado el ejercicio de fuerza física contra la menor, la Corte Suprema siguió discutiendo sobre el entendido de la concurrencia de un acceso carnal logrado a través del despliegue de fuerza moral sobre ella (considerando noveno del fallo de casación y segundo del de reemplazo). Estimó, a continuación, que la fuerza moral no es un supuesto de intimidación en los términos requeridos por la descripción de la hipótesis de violación del artículo 361 N° 1 del CP, por lo que corresponde revocar la

condena a Alvarado Vidal por dicho delito. Como contrapartida, y en la medida en que la interacción sexual se dio por acreditada, lo condenó por el delito de incesto del artículo 375 del CP, aumentando la pena impuesta originalmente por el Juzgado del Crimen de Ancud.

2. TESIS DEL TRIBUNAL

El núcleo de la decisión de la Corte Suprema está referido a la distinción entre fuerza moral, por una parte, e intimidación, por la otra. Más específicamente, la Corte advierte lo que sería una severa confusión entre ambas nociones en el fallo impugnado, y dedica sus esfuerzos, breves pero intensos, a poner en evidencia dónde radicaría el yerro y, seguidamente, dónde su superación. En sus palabras:

“[...] se observa una grave confusión entre la idea de una fuerza moral y la equivalente a la intimidación que configura el delito de violación que trata el N° 1 del artículo 361 del Código Penal. En efecto, la sentencia recurrida cree, que bajo ciertas formas culturales y territoriales, la influencia paterna, es capaz de doblegar la voluntad de una persona a extremos de aceptar una relación sexual no consentida, según lo cual estaría en una situación de fuerza moral, asimilable a la voz intimidación, cuando en realidad, esta expresión calificante [...] consiste en una amenaza a la ofendida, con hacerla objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal. De este modo, el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo y basado en actos concretos de amenazas hacia la integridad física de una víctima, situación que no puede asimilarse al temor que pueda tener aquella, de quebrantar un respeto reverencial que se supone debe guardar con su padre, aún en circunstancias de falta de educación, pobreza o promiscuidad [...]” (considerando noveno del fallo de casación).

La referencia, algo oblicua, al temor reverencial que pudiera haber embargado a la menor, se explica en atención a que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt acudió al menos parcialmente a dicha noción para describir la fuerza moral que habría padecido (considerandos primero y segundo). Así, en el fallo del tribunal de alzada se sostiene que “[...] atendidas las particulares condiciones de la localidad en que se perpetró el delito, esto es, ser un sector rural y alejado de los centros urbanos, se puede afirmar que la autoridad del Jefe de Hogar constituye una fuente de respeto y de temor reverencial que pudo haber doblegado la voluntad de la ofendida a

un punto tal que se vio compelida a realizar el acto sexual a pesar de no quererlo" (considerando segundo). Reafirmaría lo anterior, a juicio de los sentenciadores, el que la mujer denunció los hechos solo una vez que viajó a Santiago a parir a su hijo —precisamente engendrado producto de las relaciones sexuales objeto de análisis—, esto es, solo una vez que pudo salir de la órbita de influencia paterna.

En su sentencia de reemplazo la Corte Suprema es particularmente sintética: "[...] si bien es probable que la hija menor del procesado no estuvo en condiciones de negar la relación sexual que le exigió su progenitor, sin embargo, en cuanto a los elementos de fuerza o intimidación [...]", ello no es suficiente para darlos por acreditados (considerando segundo).

De esta forma, la Corte Suprema ratifica que la hija del condenado pudo sentir temor reverencial hacia su padre, como manifestación específica de fuerza moral, pero que ello es insuficiente para acreditar la intimidación que el artículo 361 N° 1 del CP requiere para la imputación de un[a modalidad del] delito de violación. Esta última exigiría una amenaza de violencia física inminente y grave. Descartada la violación, pero constatadas las relaciones sexuales entre el padre y la hija, procede entonces la condena por el delito de incesto del artículo 375 del CP.

3. REFLEXIÓN JURÍDICA

Aunque no es especialmente novedosa la tesis adoptada por la Corte Suprema en su sentencia de reemplazo¹, resulta interesante desde distintas perspectivas. El núcleo del interés está indefectiblemente ligado con el corazón de la decisión, que no es otro que el de la delimitación de algunos de los deslindes típicos del delito de violación mediante intimidación. A partir de allí, la sentencia deja abierta la pregunta por el sentido mismo que cabe atribuir al delito y a la precisión de su posición sistemática dentro del entramado regulativo en el que se halla.

De otra parte, los fallos de instancia supusieron pronunciamientos relativos a las relaciones (¿concursoales?) entre los delitos de incesto y de

¹ Se inserta en una larga estela de decisiones del tribunal, dentro de la cual se incluye, como se indica expresamente en la sentencia analizada, *contra Rogel* (2003), y a la que luego se ha agregado la sentencia recaída en *contra Aguirre* (2005).

violación que, dada la tesis nuclear de la corte sobre la intimidación y el temor reverencial, no fueron abordados en la sentencia. Con todo, estimo oportuno referirme al menos brevemente a ellos, pues plantean una interesante cuestión dogmática que eventualmente también arroja luz sobre la tesis de la Corte Suprema. Precisamente comenzaré con esto último.

3.1. Incesto y violación

Cuál sea la relación existente entre los delitos de incesto y de violación es algo no zanjado en Chile. Muy sintéticamente, y como muestra RODRÍGUEZ², las distintas soluciones esgrimidas por los autores pueden agruparse de la siguiente manera: para unos mediaría entre ambos un concurso ideal de delitos; para algunos, un concurso aparente de leyes penales y, para otros, en fin, no los ligaría concurso alguno.

Precisamente esta última es la postura defendida por RODRÍGUEZ³, bajo el predicamento de que es un elemento del tipo del incesto el consentimiento de los intervinientes, de manera tal que no pueden darse conductas subsumibles tanto en la descripción de este como en la de la violación⁴. Es difícil coincidir con este planteamiento. En primer término, porque parece una interpretación poco plausible del campo de aplicación del incesto aquella que lo circunscribe a relaciones consentidas. Esta es una visión al menos parcialmente coincidente con su concepción del delito de sodomía como uno expresivo de una relación mutuamente consentida⁵, que ha sido —a mi juicio— correctamente criticada por BASCUÑÁN⁶: entre la afirmación de los modos comisivos de la violación y el pleno consentimiento media un campo rico en posibilidades, como lo sería, por ejemplo, el caso de un acceso carnal logrado mediante una coacción que no alcanza el umbral de gravedad requerido por la intimidación del artículo 361⁷. En el plano

² RODRÍGUEZ (2014), pp. 363 y s.

³ Es, también, la tesis sugerida por GARRIDO (2002), pp. 435 y s.

⁴ RODRÍGUEZ (2014), pp. 363 y s.; atendido a que la ausencia de consentimiento sería un elemento propio del tipo del delito de violación (p. 189).

⁵ RODRÍGUEZ (2014), p. 332.

⁶ BASCUÑÁN (2011), p. 115.

⁷ Una variación, en términos de la Corte Suprema: si el acceso carnal se logra producto del temor reverencial padecido por el interviniente accedido ello no implica la

del incesto el panorama es similar, pues que no pueda afirmarse la configuración de algún modo o circunstancia comisiva de la violación (o del estupro) no implica automáticamente que la relación ha sido perfectamente consentida.

Esta objeción no excluye la viabilidad de la tesis de la independencia entre violación e incesto, por supuesto. Ella requiere, simplemente, asumir como premisa la plena heterogeneidad entre ambos delitos: ningún comportamiento haría verdaderos ambos supuestos de hecho, en términos que el incesto no debiera captar ningún caso cubierto por la violación. Esta posibilidad tampoco es satisfactoria, pues excluir del campo del incesto los supuestos típicamente coactivos o abusivos supone cercenar su comprensión cultural⁸, a la vez que genera complejos escenarios jurídico-penales. En efecto, la prohibición universal del incesto cubre bajo su manto de tabú comportamientos sexuales entre miembros alcanzados por determinadas relaciones sin distinguir las particularidades de su manifestación. De algún modo, hacerlo estropearía el delicado encaje de consideraciones biológicas y sociales que confluyen en su caracterización⁹. Con todo, la fragilidad cultural —y, desde allí, político-criminal— de la tesis no agota su influencia allí. Los problemas estrictamente jurídico-penales derivados de una visión tan estrecha del incesto son múltiples y no se acaban en repercusiones no-concursales¹⁰, extendiéndose, en lo que aquí interesa, al espinudo tópico del anclaje sistemático del delito así concebido. Si se afirma la independencia

presencia de una interacción intimidatoria. No obstante, tampoco puede sostenerse que sea mutuamente consentida (si con el consentimiento quiere expresarse alguna noción dotada de una mínima densidad). Por supuesto, la concepción restrictiva que Bascuñán defiende respecto de la intimidación típica, en contraste con la amplia favorecida por Rodríguez, extiende el espectro de posibilidades de interacciones no consentidas atípicas de violación o estupro.

8 Sigue siendo imprescindible LÉVI-STRAUSS (1971), pp. 14 y ss.

9 Para ella, LÉVI-STRAUSS (1971), pp. 28 y s. En general, el argumento cruza todo el texto y desemboca en sus ya célebres conclusiones (pp. 548 y ss.). La incorporación bajo la lógica de una prohibición penal de un fenómeno sin comprenderlo adecuadamente está destinada al fracaso regulativo. El mismo déficit genera la reconstrucción interpretativa de la prohibición penal que desconoce su sentido cultural.

10 Al negar la configuración de un delito de incesto cuando el acceso carnal ha sido logrado, por ejemplo, por medio de una coacción, se está dejando fuera de la medición penológica un fragmento del mundo específicamente desvalorado. Esta misma perspectiva sirve, como se verá, para desacreditar la tesis según la cual entre incesto y violación cabe predicar un concurso aparente.

entre el incesto y la violación, debe asumirse, por ejemplo, que no se configura aquel cuando la persona accedida carnalmente es menor de 14 años. Y así, si quien accede yerra sobre la edad de la pariente penetrada, creyendo que superó ese umbral sin haberlo hecho, debiera verse libre de cualquier reproche jurídico-penal, como también quien obró bajo el entendido de que existía consentimiento cuando en realidad su *partenaire* estaba privada de sentido¹¹.

Precisamente algunos de estos problemas pueden superarse acogiendo la segunda posición adelantada, según la cual entre incesto y violación cabe afirmar un concurso aparente, solucionable por vía de especialidad¹². RODRÍGUEZ rechaza esta concepción valiéndose de los mismos argumentos que lo llevan a sostener la viabilidad de la tesis anterior¹³: el incesto requeriría interacción sexual consentida y, por tanto, la violación no podría considerarse una hipótesis especial a su respecto. Las mismas razones que aconsejaban desechar su planteamiento se pueden reproducir aquí, ahora para bloquear sus objeciones. Si cabe la predicación de un concurso aparente pone de manifiesto aun más nítidamente la incompletitud del juicio de desaprobación por el sentido global del hecho¹⁴, pues deja totalmente de lado cualquier consideración referida al significado predominantemente cultural que tiñe al incesto.

El respeto por la máxima de la exhaustividad de la expresión de desaprobación lleva a favorecer la tercera de las posibilidades explicativas antes esbozadas. Entre nosotros ha sido MAÑALICH quien con mayor precisión y claridad se ha decantado por esta posibilidad¹⁵, destacando que entre uno y otro delito existe una relación de interferencia y no alguna de

11 Los efectos vinculados a la afirmación de un error para una concepción como la reseñada son notables. En parte se conectan con las dificultades resaltadas en MAÑALICH (2014), pp. 27 y ss., 53 y ss. para las relaciones entre los artículos 361 y 362 del CP.

12 Esta tesis también ha contado con sustento en la jurisprudencia, y pueden verse a título puramente ejemplar las sentencias recogidas en ETCHEBERRY (1987), pp. 188 y s.

13 RODRÍGUEZ (2014), p. 364.

14 Sobre esto mismo, y específicamente en referencia a las relaciones entre el delito de incesto y el de violación, MAÑALICH (2018), pp. 203 y ss., descartando un concurso aparente solucionable por consunción en atención al principio de exhaustividad. Su trabajo, recogido en buena medida antes en MAÑALICH (2016), pp. 516 y ss., 537 y s., debe complementarse con lo indicado en MAÑALICH (2018), pp. 71 y s.

15 MAÑALICH (2018), pp. 171 y ss., 203 y ss.

heterogeneidad o de subordinación¹⁶. Ilustres penalistas nacionales lo han antecedido en su valoración, entre los que cabe destacar a NOVOA, quien recuerda que fue precisamente ese el criterio que se defendió en la Comisión Redactora del Código Penal¹⁷, y que termina traducéndose en la consideración de un concurso ideal de delitos¹⁸. Es también la postura que acogió ETCHEBERRY en su notable trabajo sobre el concurso aparente¹⁹, aunque pareciera que con el tiempo fue abandonándola y reemplazándola por la tesis de la independencia²⁰.

Cualquiera que sea la posición que se defienda, lo cierto es que el Juzgado del Crimen de Ancud se apartó de todas las opciones y condenó a Alvarado Vidal por un delito de incesto y por uno de violación. Esto es, no los consideró ligados por relaciones de heterogeneidad o subordinación, pero tampoco de interferencia, pues la solución supuso la negación de un concurso ideal. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt operó bajo otro entendido, desgraciadamente también erróneo: el incesto exigiría relaciones sexuales consentidas (considerando tercero), y como en el caso enten-

16 Expone su contribución al hilo de la cercanía y distancia entre los desarrollos de BELING y KLUG; MAÑALICH (2018), pp. 185 y ss.

17 Puede verse la sesión 19, de 20 de julio de 1870, en que se consignó expresamente (a indicación del comisionado Reyes), que un ejemplo de uno de los artículos revisados (en ese entonces el artículo 77) venía dado precisamente por la violación de una pariente, que implicaba la configuración de dos delitos: el de violación y el de incesto.

18 NOVOA (1985), tomo II, p. 278. La posición original que el incesto ocupó en el CP (artículo 364) lo situaba junto al estupro, la corrupción de menores y “otros actos deshonestos”, y era conminado con igual pena que el estupro de doncella y los abusos deshonestos (superior, por ende, a la establecida para la sodomía). Recién en 1999, con la Ley N° 19.617, pasó a ocupar su ubicación actual.

19 ETCHEBERRY (s/f), pp. 82 y ss., 91. Defiende la idea de la consunción –en sus aspectos progresivo e inclusivo– como criterio de resolución del concurso aparente, destacando que en el caso de la violación y del incesto no estaría presente (no integran un delito progresivo ni aparecen juntos de forma regular y constante, y el legislador tampoco incluyó el desvalor de uno en el otro), siendo entonces la solución el concurso ideal. En general, los comentaristas comparten que esa es la solución mayoritariamente aceptada: MATUS (2003), p. 400; COUSO (2011), p. 673, alertando sobre otras posibilidades.

20 ETCHEBERRY (1998), tomo IV, p. 44. Este tránsito es el que permite que Mañalich lo sindique como un cultor de la solución del concurso ideal, y Rodríguez como uno de la independencia, pues el primero se centra en su monografía concursal y el segundo, en su influyente manual.

dió que no lo eran, descartó el castigo por ese título y solo condenó por la violación. Desafortunadamente, la Corte Suprema no ahondó en esta cuestión, pues estimó que no cabía imputar una violación porque no se había satisfecho el requerimiento típico de fuerza o intimidación (considerandos primero y segundo de la sentencia de reemplazo), así que condenó por el delito de incesto²¹.

3.2. Los contornos de la violación intimidatoria

El corazón del argumento considerado por la Corte Suprema para descartar la imputación por el artículo 361 N° 1 del CP gira en torno a una de las cuestiones más debatidas en la cada vez más inmanejable literatura relativa a la violación. Como se recordará, la Corte sostuvo que la interacción sexual lograda a través del despliegue de fuerza moral no satisface el modo comisivo intimidatorio, que exigiría la presencia de una amenaza de violencia física inminente y grave. Justamente la identificación del umbral coercitivo de la violación ha acaparado la atención de los autores desde antiguo²², y todo parece indicar que la discusión está lejos de apaciguarse.

Debe reconocerse, con todo, que la relevancia del punto ha decaído en los últimos tiempos, a la par con el abandono de modelos incriminatorios de la violación estrictamente coercitivos²³: en la medida en que junto a la imagen coactiva del delito se han añadido hipótesis indicativas de interacciones sexuales puramente no consentidas, la importancia de afirmar o negar una intimidación como modo de comisión de la coacción decrece. Y, así, la masiva ampliación del campo de aplicación del delito de violación

21 Su pronunciamiento al menos sirve para descartar que este delito requiera pleno consentimiento, pues si bien negó la fuerza y la intimidación, reconoció que la menor “soportó” relaciones sexuales con su padre (considerando primero de la sentencia de reemplazo) y que probablemente ella “no estuvo en condiciones de negar la relación sexual que le exigió su progenitor” (considerando segundo de la sentencia de reemplazo). Esto explicaría, aunque nada se dice, que no se condenara también a la menor.

22 Un extenso y muy distintivo análisis de la intimidación como medio coactivo en los delitos contra la libertad sexual puede seguirse en GONZÁLEZ (2015), pp. 37 y ss.

23 Un breve recuento de la tendencia y del panorama comparado puede revisarse en COX (2018), pp. 657 y ss., con alguna referencia a los modelos regulativos que parecen subyacer a las legislaciones.

operada en las últimas décadas ha restado gravitación a la demarcación de la intimidación típica, pues esta es ahora solo una modalidad del delito²⁴.

Por eso a primera vista puede parecer paradójico el resurgimiento experimentado en los últimos años de la reflexión académica sobre los contornos de la intimidación. Una mirada más atenta, empero, permite advertir que tras él se filtra una cierta comprensión cultural del delito que presiona por entenderlo como uno eminentemente violento, con relativa independencia de las distinciones regulativas aportadas por las legislaciones y luego intensificadas por los autores en la producción de sus filigranas dogmáticas²⁵. Así, la violación daría cuenta de violencia, paradigmáticamente contra las mujeres, aunque no se satisfaga la clásica noción de coacción grave propia del Derecho penal²⁶. Esta concepción, huelga decirlo, contrasta con una

24 Para el panorama estadounidense, CARINGELLA (2009), pp. 12 y ss.; para el alemán, HÖRNLE (2017), pp. 1309 y ss.; en fin, para el español, GONZÁLEZ (2015), pp. 37 y ss. Esta afirmación permite matizaciones: en Chile el CP nunca contempló un modelo únicamente coactivo de la violación, pues la disposición original del Código fue tomada del CP español de 1848, que incluía una referencia a los casos en los que la víctima se hallaba privada de sentido, por ejemplo. Así, lo que para legislaciones como la alemana o las estadounidenses ha representado un golpe de timón regulativo, para nosotros ha sido pura confirmación legislativa.

25 El discurso dogmático y el social operan echando mano a distintas nociones de violencia, lo que favorece la producción de múltiples tensiones. Algo de esto puede apreciarse en las reacciones generadas en España a partir del denominado *Caso la Manada*, en relación con el cual ha quedado muy patente una presión social por teorizar y tratar como violentas las prácticas sexuales (¿aparentemente?) no consentidas. Es notorio que el ejercicio de violencia y la producción de temor son contrarios al consentimiento (*"Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus"*, en palabras de ULPIANO), pero de allí no se sigue, obviamente, que toda interacción no consentida sea violenta. Precisamente en España todo esto es muy visible, pues allí el CP distingue entre agresiones sexuales (artículos 178 y ss. del CP) y abusos sexuales (artículos 181 y ss. del CP), según concurra o no, además de la falta de consentimiento, violencia o intimidación. Curiosamente, en ese mismo país un influyente ramillete de autores defiende la necesidad de que la víctima se resista al acometimiento del autor para poder calificarlo como violento, marcando un fuerte contraste con las demandas ciudadanas. La exigencia de resistencia (y su rechazo) se analiza en GONZÁLEZ (2008), tomo II, pp. 2011 y ss., 2035 y s.

26 Algo de esto está presente en los esfuerzos encaminados a desechar los modelos del consentimiento, para volver a unos de la coacción, configurados eso sí de manera más robusta de lo habitual: MACKINNON (2016), pp. 436 y ss. Incluso quienes defienden alguna variante de los modelos del consentimiento aluden a la violación como un caso de violencia contra las mujeres: MCGLYNN y MUNRO (2010), p. 5.

asentada tradición patriarcal que reclama un amplio espacio de legitimidad a las incursiones sexuales masculinas aun cuando se enfrenten al explícito rechazo de las mujeres²⁷. Es difícil identificar un escenario en que bullan más intensamente visiones de un sentido cultural tan profundamente contrastadas que pugnen por obtener reconocimiento legal.

Es precisamente este escenario el que sirve de contexto a la decisión de la Corte Suprema y le brinda, sin desconocer otros factores, un peso inestimable. Este peso, y la rotundidad con que entrega su argumento central, contrastan con el camino algo torcido que marcó su conocimiento del caso. En efecto, la no desmentida afirmación del tribunal de primera instancia, en orden a que el padre golpeó a la hija mientras la obligaba a tolerar la penetración desaparece completamente de los elementos de juicio considerados por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sin siquiera considerar la posibilidad de predicar la concurrencia de fuerza típica. En realidad, la pasmosa ambigüedad del Juzgado del Crimen de Ancud adelantó tal omisión. Es todavía más sorprendente que la bastante más concreta referencia inicial a unas amenazas de matar a la menor y a su madre cayeran también en el olvido, pues se ofreció un relato pormenorizado de ellas y su entidad parece colmar hasta las visiones de los defensores de las tesis más restrictivas sobre la intimidación típica²⁸. Nuevamente, el tribunal de alzada descartó ahondar en ellas y en vez formuló unas referencias altamente problemáticas sobre el temor reverencial que la menor habría experimen-

27 La literatura que ilustra sobre este punto es colosal. Por su simpleza y claridad puede verse MCGREGOR (2007), pp. 1 y ss.

28 Por supuesto, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt podía no dar por acreditadas las amenazas. Lo que legítimamente cabía esperar del fallo era, por contrapartida y como mínimo, algún pronunciamiento sobre ellas. Cualquiera. Lo cierto es que, en la forma en que fueron recogidas por el Juzgado del Crimen de Ancud, daban cuenta de unas amenazas constitutivas de coacción grave, que satisfacían las demandas de las posiciones más intensamente restrictivas sobre el alcance de la intimidación típica, como la teoría objetiva señeramente desarrollada en GIMBERNAT (1969), pp. 489 y ss., o los también restrictivos planteamientos que en Chile defienden LABATUT y ZENTENO (1996), tomo II, p. 138. Podría objetarse, por cierto, que estas amenazas se realizaron luego de la interacción sexual, por lo que no eran funcionales a doblegar la voluntad de la menor (sobre las amenazas como medio: RAGUÉS I VALLÈS [2015], p. 134), pero en realidad las amenazas habrían sucedido a cada episodio constitutivo de interacción, de manera que podría sostenerse que dentro del continuo las anteriores operaban eventualmente como mecanismo coercitivo respecto de las siguientes. Fundamentarlo en estos términos requeriría, por supuesto, de algún esfuerzo mayor que aquí ni siquiera se emprende.

tado en relación con su progenitor. Las amenazas se esfumaron del relato judicial sin dejar rastro.

Esta decisión de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt llama la atención no solo por lo inexplicable que resulta desechar un sólido anclaje a su propia decisión condenatoria sin entregar ninguna pista de los motivos tenidos a la vista para hacerlo, sino que, seguidamente, porque reemplazando la referencia a las amenazas por la mención al temor reverencial traslada la argumentación a un plano conocidamente hostil a sus pretensiones. En efecto, y como tal se demostró en el caso, es opinión estable de la Corte Suprema el rechazo de la subsunción de supuestos de fuerza moral constitutiva de temor reverencial en la intimidación típica del delito de violación. Y aquí la Corte cuenta con el respaldo ampliamente mayoritario de la doctrina en nuestro país²⁹.

Para entender la posición de la Corte Suprema conviene dar un pequeño rodeo. A mi juicio, la delimitación de la intimidación típica debe tomar en consideración la necesidad de poner en relación dos variables que bajo la regulación chilena parecen difíciles de conciliar: por una parte, la comparación de los modos comisivos del delito de violación contenidos en el mismo numeral primero del artículo 361 del CP, esto es, la conexión que debe predicarse entre la fuerza y la intimidación; de otra parte, debe también compararse el modo comisivo intimidatorio con los demás modos contemplados para el mismo delito en los restantes numerales. La primera de estas comparaciones favorece una concepción restrictiva de la intimidación, pues esta debiera ser en alguna medida equivalente a la fuerza típica desplegada por el autor para lograr acceder carnalmente a la víctima (y de esta manera justificar, de paso, la entidad de la pena con la que se conmina el comportamiento)³⁰. La segunda, en cambio, alienta una respuesta inversa: una interpretación radicalmente restrictiva del primer numeral carece de sentido si se repara en que es solo una más de las modalidades típicas del delito, y algunas de las otras parecen básicas a su respecto³¹.

29 Y no solo de los defensores de las posiciones más restrictivas sobre la extensión de la intimidación. Así, MATUS y RAMÍREZ (2017), pp. 238 y ss. Aunque no lo explicita, la posición contraria parece tener cabida en una tesis amplia como la defendida por RODRÍGUEZ (2014), pp. 195 y ss.

30 Así, por ejemplo, en COX (2013), pp. 323 y s., en relación con el caso *contra Aguirre* (2005) (considerando duodécimo de la sentencia de reemplazo).

31 Sobre esto, MAÑALICH (2014), pp. 34 y ss., aportando elementos de juicio para precisar el bien jurídico protegido por el delito precisamente en función de la disminuida

Si bien es absurdo pretender abarcar en este espacio una reconstrucción del sentido típico de la intimidación, alertar sobre un posible malentendido en los cruces de las coordenadas recién identificadas puede ser útil. La interpretación que identifica la intimidación típica con los casos de amenaza constitutiva de coacción grave se ha visto reforzada por una concepción coactiva de la violación que, como se ha mostrado, no responde al modelo legislativo chileno. Sus efectos restrictivos, por lo demás, no cesan aquí, y arrastran decisivamente a una también restrictiva interpretación que los tribunales ofrecen de los restantes numerales del artículo 361, que de alguna manera debieran ostentar un contenido de desvalorización similar. Este es el camino hermenéutico seguido por la Corte Suprema y, en la específica versión que defiende, es muy problemático. El punto neurálgico de la crítica que puede dirigírsele radica, hasta donde alcanzo a ver, en la falta de reflexión del tribunal sobre el sentido de la violación y sus circunstancias.

Por una parte, la noción de amenaza que la Corte maneja carece de la densidad suficiente como para satisfacer el rol típico que se le asigna. La sucinta enumeración de características que debe reunir³² no cuenta como una genuina descripción, y queda en el aire si la Corte se decanta por una concepción preponderantemente objetiva o bien subjetiva de las amenazas o, ligado con aquello, si la perspectiva del análisis típico debe centrarse en el desempeño del autor o en los potenciales o concretos efectos producidos en la víctima³³. Es difícil exagerar la importancia de estas cuestiones que han marcado el debate comparado a partir del surgimiento y la creciente popularidad de los modelos del consentimiento³⁴.

Íntimamente ligado con lo anterior, se echa en falta alguna reflexión sobre las relaciones sistemáticas que cabe predicar entre la violación coac-

gravitación que le asigna a la fuerza e intimidación dentro de la descripción legal de la violación.

32 Que, por lo demás, las apartarían de las amenazas condicionales establecidas en los artículos 296 y 297 del CP, como sostienen, entre otros, MATUS y RAMÍREZ (2017), p. 238.

33 Las expresiones con las que vincula a la amenaza intimidatoria con la capacidad para infundirle a la víctima "un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal" (considerando noveno del fallo de casación) no permiten sortear la encrucijada y, en cambio, agregan dudas en relación con exigencias impuestas a la potencial víctima, tópico especialmente sensible a la distribución de roles sexuales según consideraciones de género.

34 Una visión global, por todos, en LAFAYE (2011), pp. 595 y ss. Más específicos, KAHAN (2010), pp. 731 y ss., y HUSAK (2010), pp. 233 y ss., entre otros muchos.

tiva y las restantes modalidades típicas en particular y el sistema de los delitos sexuales en general. Una vez descartada la asimilación del temor reverencial con la intimidación, la Corte nada dice sobre la posibilidad de considerar que esta modalidad de fuerza moral pudiera eventualmente dar lugar a la imputación bajo el título de castigo del estupro, sea en su variante del número 2 o del número 3³⁵. Las explicaciones brindadas por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt para fundamentar el temor fueron plenamente acogidas por la Corte Suprema, que simplemente modificó la calificación que debía asignarle. Dado esto, eludir todo pronunciamiento sobre el eventual delito de estupro constituye un serio déficit de la sentencia.

Pero las deficiencias no se detienen aquí, por desgracia. Si a través de los fallos los tribunales resuelven casos, no es menos cierto que por su intermedio también entregan pistas sobre su comprensión de los delitos involucrados en la decisión. Pues bien, aquí la Corte Suprema no destinó ninguna línea a explicitar el contenido de injusto que cabe reconocer en el delito de violación, y sin ese mínimo ejercicio de justificación material de la resolución es imposible que logre captar la dimensión cultural que late en él.

3.3. El sentido de la violación

Dos son las características fundamentales de la regulación nacional del delito de violación: por una parte, la afirmación de cualquier modo o circunstancia comisiva basta para afirmar luego la punibilidad, que se traduce por lo demás en una idéntica penalidad y, por la otra, dentro de esos modos o circunstancias se contemplan algunos supuestos básicos respecto de la instancia coactiva. Como se sabe, en Chile la violación se construye legalmente bajo la implícita condición necesaria pero no suficiente de la falta de consentimiento de la persona a la que se accede carnalmente, que debe

35 En el considerando noveno del fallo de casación se realizan algunas afirmaciones de una notable ambigüedad, sin llegar nunca a mencionar siquiera la alternativa de entender satisfecha la descripción típica de alguna modalidad de estupro contenida en el artículo 363 del CP. Nada se dice, a la vez, sobre la posibilidad de reconducir los hechos a la descripción ofrecida en el artículo 361 N° 2 del CP, lo que por cierto hubiera requerido una fundamentación algo más sofisticada.

adoptar cualquiera de las formas típicas incluidas en el artículo 361 para lograr la suficiencia requerida para el castigo³⁶.

Una legislación así diseñada obstaculiza la determinación del contenido de injusto básico del delito, que debiera poder extraerse del caso más puro contemplado por la descripción típica. Desde una perspectiva eminentemente conceptual, el recurso teórico a la noción de "caso puro" ha hecho fortuna como instrumento de análisis del sentido de la violación. Han sido GARDNER y SHUTE quienes han ofrecido el esfuerzo más visible por esclarecer el núcleo más duro de la violación, al que llegan filtrando sus contingentes circunstancias acompañantes³⁷. Su esfuerzo no se restringe a proponer un modelo de reconstrucción de la regulación angloamericana, sino que está dirigido a explicar dónde reside el mal de la violación. Un caso puro representaría, paradójicamente, una hipótesis de "violación sin daño"³⁸, que podría mostrarse ejemplarmente como el de un hombre que accede carnalmente a una mujer ebria o drogada, que en su inconsciencia no consintió pero que tampoco percibió la penetración. El hombre usó preservativo y el caso nunca salió a la luz. La falta de daño obedecería, aquí, a la falta de percepción de la víctima y al bloqueo de las posibilidades de dañosidad prospectiva³⁹.

Legislativamente, en Chile el caso puro del delito de violación no puede ser el descrito en el artículo 361 N° 1 del CP y, antes bien, el supuesto contenido en el N° 2 del mismo artículo corre con ventaja para serlo. Precisamente la posibilidad de ampliar la mirada dentro del espectro típico fundamenta la posibilidad de cuestionar la decisión de la Corte Suprema en este punto, pues su posición crítica respecto de la tipicidad bajo el numeral primero debiera haberla alertado respecto de la eventual subsunción en alguna otra hipótesis. Un vistazo al segundo numeral obliga a cuestionarse

36 No contamos con algún modelo del consentimiento, sea bajo la lógica del *no-means-no* o del *yes-means-yes*, que desplace la necesidad de calificación de la falta de consentimiento y la circunscriba a una variante agravada del delito.

37 En Chile es notable el trabajo de MAÑALICH (2014), pp. 35 y ss.

38 GARDNER y SHUTE (2007), pp. 3 y ss. Que sea "sin daño" ha sido puesto en duda: ARCHARD (2007), p. 379, enfrentándose a quienes defienden una concepción de la violación construida a partir de la experiencia del dolor, como muy sentidamente hace WERTHEIMER (2013), pp. 102 y ss.

39 GARDNER y SHUTE (2007), p. 5.

si la menor que se encuentra bajo una fuerza moral que se traduce en el padecimiento de un temor reverencial, en el específico contexto situacional en el que se encontraba según la descripción de los hechos aceptada por la propia Corte, está o no incapacitada para oponerse (y si el padre se aprovecha o no de ello para penetrarla). El potente influjo de la restrictiva tesis coactiva de la violación pareciera impedir a la Corte siquiera vislumbrar la posibilidad. La tradicional estrechez con que se ha interpretado esta variante típica del 361 N° 2⁴⁰ y las dificultades para marcar un claro deslinde con el estupro⁴¹ no parecen razones suficientes para lisa y llanamente obviar la discusión. De lo que se trata, una vez más, es de la falta de explicitación de cualquier reflexión habilitante para justificar la decisión entregada.

El punto no es baladí: precisamente el caso puro y simple pondría de manifiesto que, despojado de epifenómenos como la violencia, el terror y la humillación, el núcleo de la violación estribaría en el mero uso de una persona, que contaría como un abuso⁴². Y el uso de otro no requiere, por supuesto, forzarlo o amenazarlo. Y así, la reducción de otro al estatus de mero objeto para la satisfacción de los deseos propios, su cosificación⁴³, puede parecer no solo moralmente indignante, sino que es también susceptible de representar un germen idóneo para la imputación jurídico-penal.

¿La menor que en el despoblado de una remota isla chilota siente por su padre un miedo capaz de doblegar su voluntad está en condiciones de oponerse a la incursión sexual iniciada por este? Esta pregunta, creo, merecía alguna respuesta de la Corte Suprema en aras a su labor de aplicación razonada del derecho vigente. Más importante aún: la propia menor la merecía.

40 Que no obstante ha venido ampliándose a partir de la última modificación al precepto: MATUS y RAMÍREZ (2017), pp. 242 y ss.; OXMAN (2015), pp. 94 y ss., 100 y ss.

41 Como han destacado MATUS y RAMÍREZ (2017), p. 245.

42 GARDNER y SHUTE (2007), p. 16. Una visión distintiva de la violación que recupera parcialmente este debate, en TADROS (2006), pp. 536 y ss.

43 La idea de *objectification* no es novedosa en el análisis del sentido que puede adoptar la interacción sexual no consentida. Entre otros muchos, MACKINNON (1989), *passim*; NUSSBAUM (1999), pp. 213 y ss.; LANGTON (2013a), pp. 223 y ss.; LANGTON (2013b), pp. 241 y ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARCHARD, David (2007): "The wrong of rape", en *The Philosophical Quarterly* N° 57-228.

BASCUÑÁN, Antonio (2011): "La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil", en *Estudios Públicos* N° 124.

CARINGELLA, Susan (2009): *Addressing rape reform in law and practice* (Nueva York: Columbia University Press).

COUSO, Jaime (2011): "Comentario Art. 75", en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado* (Santiago: Abeledo-Perrot).

Cox, Juan Pablo (2018): "Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla", en *Política Criminal*, vol. 13, N° 26.

— (2013): "Delitos contra intereses personalísimos", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* N° 3.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte especial*, tomo IV, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

— (1987): *El Derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966, parte especial*, tomo III, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

— (s/f): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

GARDNER, John y SHUTE, Stephen (2007): "The wrongness of rape", en GARDNER, John, *Offences and defences. Select essays in the philosophy of criminal law* (Oxford: Oxford University Press).

GARRIDO, Mario (2002), *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

GONZÁLEZ, Carlos (2015): *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo* (Montevideo/Buenos Aires: B de F).

GONZÁLEZ, Juan (2008): "¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)", en

- GARCÍA, Carlos; CUERDA, Antonio; MARTÍNEZ, Margarita; ALCÁCER, Rafael y MARISCAL, Maragrita (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II (Madrid: Edisofer).
- † HÖRNLE, Tatjana (2017): "The new german law on sexual assault and sexual harassment", en *German Law Journal* N° 6, vol. 18.
- † HUSAK, Douglas (2010): "Rapes without rapists: consent and reasonable mistake", en *The philosophy of criminal law. Selected essays* (Oxford: Oxford University Press).
- † KAHAN, Dan (2010): "Culture, cognition, and consent: who perceives what, and why, in acquaintance-rape cases?", en *University of Pennsylvania Law Review* N° 158-3.
- LABATUT, Gustavo y ZENTENO, Julio (1996): *Derecho Penal*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición).
- † LAFAYE, Wayne (2011): *Modern criminal law. Cases, comments and questions*, 2ª edición (St. Paul: MN, WEST).
- † LANGTON, Rae (2013a): "Autonomy-denial in objectification", en *Sexual solipsism. Philosophical essays on pornography and objectification* (Oxford: Oxford University Press).
- † ——— (2013b): "Projection and objectification", en *Sexual solipsism. Philosophical essays on pornography and objectification* (Oxford: Oxford University Press).
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1971): *Les structures élémentaires de la parenté*, 12ª edición (París/La Haya: Mouton & Co.).
- † MACKINNON, Catharine (2016): "Rape redefined", en *Harvard Law & Policy Review* N° 10.
- (1989): *Toward a feminist theory of the State* (Cambridge: Massachusetts: Harvard University Press).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago: Thomson Reuters).
- (2016): "El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles", en CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Jorge (coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago: Thomson Reuters-La Ley).

- (2014): "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", en *Ius et Praxis* N° 20-2.
- (2003): "Artículos 74 a 78", en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2017): *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- † MCGLYNN, Clare y MUNRO, Vanessa (2010): "Rethinking rape law: an introduction", en MCGLYNN, Clare y MUNRO, Vanessa (eds.), *Rethinking rape law. International and comparative perspectives* (Oxford/New York: Routledge).
- † MCGREGOR, Joan (2007): *Is it rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously* (Hampshire: Ashgate).
- NOVOA, Eduardo (1985): *Curso de Derecho penal chileno*, tomo II, 2ª edición (Santiago: Ediar-ConoSur).
- † NUSSBAUM, Martha (1999): "Objectification", en *Sex and social justice* (New York: Oxford University Press).
- OXMAN, Nicolás (2015): "La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales", en *Política Criminal*, vol. 10, N° 19.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (2015): "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en SILVA, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (Barcelona: Atelier).
- RODRÍGUEZ, Luis (2014): *Delitos sexuales*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- † TADROS, Victor (2006): "Rape without consent", en *Oxford Journal of Legal Studies* N° 26-3.
- WERTHEIMER, Alan (2013): *Consent to sexual relations*, 2ª edición (New York: Cambridge University Press).