



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Memoria de título para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES

Catalina Allende Vivanco
María Cecilia Varela Bustos

PROFESOR GUÍA

Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, Chile

2012

RESUMEN EJECUTIVO

La presente memoria tiene como objeto analizar y aportar antecedentes que hagan posible considerar a la mujer como sujeto activo del delito de violación, en nuestra legislación.

Para el desarrollo del fin antes propuesto, se efectúa un análisis de los delitos contra la libertad, dentro de los cuales se incluyen los delitos contra la libertad propiamente tal y los delitos contra la libertad sexual y moral sexual, todo bajo la perspectiva del Derecho nacional y del Derecho comparado.

A continuación, se conceptualiza el delito de violación, tanto en Derecho como doctrina nacional, así como en Derecho comparado. Luego, se examina el tipo objetivo en este delito, desarrollándose un estudio detallado del bien jurídico protegido, la conducta típica, las modalidades de comisión, y los sujetos del delito, tanto en el Derecho nacional como comparado. Asimismo, se examina el tipo subjetivo del delito, desarrollándose lo pertinente respecto del tipo subjetivo en sí, la autoría y participación, y el iter criminis.

Se concluye que la mujer puede ser autor directo o mediato del delito de violación, al entenderse como acceso carnal la introducción del pene en algunas de las cavidades del tipo durante la ocurrencia de un acto sexual no consentido por alguno de los participantes, de forma tal que tanto hombres como mujeres pueden realizar esta conducta, dado que no implica una característica especial por parte del hechor.

Finalmente, se determina que existe una vaguedad lingüística del tipo penal, ya que la finalidad de la norma y de los bienes jurídicos que ésta protege es clara, toda vez que se relaciona con el derecho de toda persona a participar de relaciones sexuales con su consentimiento, y, en el caso de los menores de 14 años, de desarrollarse en el ámbito sexual sin la intervención de terceros, los que son aplicables a tanto a hombres como mujeres.

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	8
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.....	8
1.1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.....	8
1.1.1.Derecho nacional.....	8
1.1.2.Derecho Comparado.....	8
1.1.3.Definición del concepto de Libertad	9
1.2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y MORAL SEXUAL	11
1.2.1.Derecho Nacional	12
1.2.2.Derecho Comparado.....	13
CAPÍTULO II.....	16
CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	16
2.1. CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.....	16
2.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL.....	16
2.3. CONCEPTOS DE DELITO DE VIOLACION EN DERECHO COMPARADO.	19
2.3.1.Derecho Penal Español.	19
2.3.2.Derecho Penal Argentino	22
2.3.3.Derecho Penal Alemán	24
2.3.4.Derecho Penal Italiano.....	25
2.3.5.Derecho Penal Francés	26
2.3.6.Derecho Penal Peruano.....	27
2.3.7.Derecho Penal Colombiano	30
2.4. SEMEJANZA ENTRE CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN	31
CAPITULO III:.....	32
TIPO OBJETIVO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.....	32
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	32
3.1.1.Derecho Nacional.	32
3.1.2.Derecho Comparado.....	37
3.1.2.1. Derecho Español	37
3.1.2.2. Derecho Argentino.....	39
3.2. CONDUCTA TÍPICA	40

3.2.1. Derecho Nacional	40
3.2.2. Derecho Comparado.....	43
3.2.2.1. Derecho Español.....	43
3.2.2.2. Derecho Argentino.....	44
3.3. MODALIDAD DE COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACION	45
3.3.1. Violación usando Fuerza o Intimidación.....	48
3.3.1.1. Violación mediante fuerza en el Derecho Chileno.....	48
3.3.1.2. Violación mediante fuerza según el Derecho Comparado	50
3.3.1.2.1. Violación mediante fuerza según el Derecho Español	50
3.3.1.2.2. Violación mediante fuerza según el Derecho Argentino.....	52
3.3.1.3. Violación mediante intimidación según el Derecho Chileno	53
3.3.1.4. Violación mediante intimidación en el Derecho Comparado.	55
3.3.1.4.1. Según la legislación española.	55
3.3.1.4.2. Según el Derecho Argentino.....	56
3.3.2. Violación con Privación de Sentido.	57
3.3.2.1. En el Derecho Nacional.....	57
3.3.2.2. Privación de sentido según el Derecho Comparado	59
3.3.2.2.1. Según el Derecho Español.....	59
3.3.2.2.2. Según el Derecho Argentino.....	60
3.3.3. Violación con aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia.	61
3.3.3.1. En el Derecho Nacional.....	61
3.3.3.2. Abuso de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia según el Derecho Comparado.....	62
3.3.3.2.1. Según el Derecho Español.....	62
3.3.3.2.2. Según el Derecho Argentino.....	63
3.3.4. Violación con abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima. 63	
3.3.4.1. En el Derecho Nacional.....	63
3.3.4.2. En el Derecho Comparado	65
3.3.4.2.1. Según el Derecho Español.....	65
3.3.4.2.2. Según el Derecho Argentino.....	66

3.3.5. Violación a un menor de 14 años.....	67
3.3.5.1. En el Derecho Nacional.....	67
3.3.5.2. En el Derecho Comparado	68
3.3.5.2.1. Según el Derecho Español.....	68
3.3.5.2.2. Según el Derecho Argentino.....	69
3.4. SUJETOS DEL DELITO DE VIOLACION	70
3.4.1. Sujeto Activo.....	70
3.4.1.1. Derecho Nacional.....	70
3.4.1.2. Derecho Comparado	73
3.4.1.2.1. Según el Derecho Español.....	73
3.4.1.2.2. Según el Derecho Argentino.....	75
3.4.2. Sujeto Pasivo.....	77
3.4.2.1. En el Derecho Nacional.....	77
3.4.2.2. En el Derecho Comparado	78
3.4.2.2.1. Según el Derecho Español.....	78
3.4.2.2.2. Según el Derecho Argentino.....	79
CAPÍTULO IV: TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	80
4.1. TIPO SUBJETIVO.	80
4.1.1. Según Derecho Nacional	80
4.1.2. Según el Derecho Comparado.....	82
4.1.2.1. Según el Derecho Penal español.	82
4.1.2.2. Según el Derecho Penal Argentino.....	83
4.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	84
4.2.1. Según el Derecho Nacional	84
4.2.2. Según el Derecho Comparado.....	86
4.2.2.1. Según el Derecho Español.....	86
4.2.2.2. Según el Derecho Argentino.....	87
4.3. ITER CRIMINIS.	88
4.3.1. Consumación del delito de violación.	89
4.3.1.1. En el Derecho Chileno.....	89
4.3.1.2. En el Derecho Comparado	90

4.3.1.2.1. En el Derecho Español.....	90
4.3.1.2.2. En el Derecho Argentino.....	91
4.3.2. Tentativa y Frustración en el delito de violación.....	92
4.3.2.1. En el Derecho Nacional.....	92
4.3.2.2. En el Derecho Comparado	94
4.3.2.2.1. En el Derecho Español.....	94
4.3.2.2.2. En el Derecho Argentino.....	96
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad vemos con frecuencia en los medios de prensa cómo se suceden uno tras otros los atentados contra la libertad e indemnidad sexual de algunas personas.

Dentro de estos atentados, no han sido menores aquellos casos en que una mujer abusa de menores, de personas privadas de sentido, e incluso de quienes se encuentran en estado de ser incapaces de oponer resistencia.

En estos casos, y al no existir un tipo penal específico, es que la mujer es sancionada con penas menores, no pudiendo considerársele como sujeto activo del delito de violación, que presenta mayores penas, sino que sólo es posible circunscribir su acción a los delitos referentes al acoso y abuso sexual.

El objetivo general de esta tesis es aportar antecedentes que hagan posible que en nuestra legislación la mujer sea considerada como sujeto activo del delito de violación.

Lo anterior se llevará a efecto dilucidando el problema sobre la inclusión de la mujer como sujeto activo del delito de violación, examinando las posiciones al respecto en el derecho nacional y comparado, y efectuando un análisis de la legislación vigente en la materia.

Para el desarrollo de la investigación, serán empleadas diversas fuentes de información presentes tanto en bibliografía nacional como extranjera, contenidas en fuentes tradicionales como libros y otras tesis, y en fuentes electrónicas como revistas electrónicas, páginas web de referencia, etc.

El método a utilizar será un análisis jurídico de la normativa vigente en la materia tanto en derecho nacional como en derecho comparado.

Así, en primer lugar se estudiarán los delitos contra la libertad, específicamente los delitos contra la libertad propiamente tal y los delitos contra la libertad sexual y moral sexual.

Luego, se hará un breve análisis del concepto de violación tanto en nuestra doctrina como legislación nacional, así como en la legislación comparada más influyente en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez estudiado a qué hace referencia el delito de violación, es que se procederá a investigar el tipo objetivo y el tipo subjetivo en el delito en cuestión.

Así, dentro del tipo objetivo se analizará el bien jurídico protegido, la conducta típica, las modalidades de comisión, y los sujetos del delito, todo lo anterior tanto en derecho nacional como comparado.

Finalmente, y dentro del tipo subjetivo, se examinará el tipo subjetivo propiamente tal, tanto en la legislación nacional como en la comparada, se estudiará lo referente a autoría y participación, y se efectuará un breve análisis del iter criminis.

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

1.1. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Los delitos agrupados bajo esta denominación son de la más variada índole, pudiendo atentar contra libertades individuales, de movimiento, de culto, de trabajo, de expresión, entre otras. En cada legislación los delitos que componen esta calificación varían en cantidad y aspectos de la libertad que protegen.

1.1.1. Derecho nacional

En la legislación chilena los delitos contra la libertad no están tratados en un título único, como ocurre en legislaciones comparadas, sino que éstos se encuentran dispersos en distintos artículos del Código Penal.

Atendida la dispersión antes señalada y a fin de facilitar el estudio de estos delitos, la doctrina nacional se ha encargado de agrupar bajo esta denominación todos aquellos delitos que protegen el bien jurídico libertad. Asimismo, se ha procedido a subdividirlos de acuerdo a los distintos aspectos de la libertad que protegen como la autodeterminación, la libertad ambulatoria, libertad sexual y otras libertades garantizadas en nuestra Constitución Política.¹

1.1.2. Derecho Comparado

En España, por su parte, el Título VI del Libro II del Código Penal establece que los delitos contra la libertad son las detenciones ilegales, el secuestro, las amenazas y coacciones, que dicen relación con un concepto de libertad ambulatoria y de obrar, o

¹ BULEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. Curso de Derecho Penal. 2° ed. Chile, Lexis Nexis, 2007. V 3, p. 103.

como una "... libertad de actuación en sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión sea constreñida o mediatizada por otras personas."²

A su vez, en Argentina los delitos contra la libertad están tratados en el Título V, del Libro II del Código Penal, agrupando una variedad de delitos que aparentemente no tienen como bien jurídico directamente a la libertad, lo que ha llevado a gran parte de la doctrina de dicho país a sostener que es dificultoso encontrar un bien jurídico común para todos los delitos tratados en ese título e, incluso, algunos han llegado a aseverar que no es la libertad el bien jurídico protegido. Sin embargo, el autor Edgardo Alberto Donna indica que la supuesta falta de sistematización se supera a través del análisis de los referidos delitos en su calidad de garantías constitucionales, afirmando que "...los delitos que se incluyen en este título, que responden al bien jurídico libertad, tienen que ver con la idea de libertad protegida constitucionalmente."³, y en consecuencia, el significado del bien jurídico libertad debe entenderse en sentido amplio, como defensas del individuo en contra del Estado o frente a otros hombres.

1.1.3. Definición del concepto de Libertad

La gran cantidad y diversidad de delitos considerados como protectores del bien jurídico libertad dificultan definir un concepto único que incluya todos y cada uno de los aspectos de la libertad que son cautelados por aquellos delitos.

Una primera definición de libertad que podríamos dar es el significado dado por el Diccionario de la Real Academia Española que la entiende como "la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es

² MUÑOZ C., Francisco. Derecho Penal: Parte Especial. 15° ed. España. Tirant Lo Blanch. 2004, p. 154.

³ DONNA, Edgardo. Derecho penal: parte especial. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 1999-2003. Tomo II-B, p.107.

responsable de sus actos”. Lamentablemente, este concepto es demasiado básico y del todo insuficiente ya que apenas se acerca a la idea de libertad de autodeterminación.

Otra forma de entender este bien jurídico, de manera que abarque todos los ataques a la libertad, es acoger la idea de la doctrina argentina de la libertad garantizada constitucionalmente, es decir, que toda libertad establecida en la Constitución debe ser objeto de protección penal. Sin embargo, más que un concepto de libertad, esta idea representa una característica común del bien jurídico protegido por estos delitos.

El concepto de libertad al que más autores se adhieren es la libertad como facultad de autodeterminación, el que ha sido definido por diversos autores nacionales entre los que podemos nombrar a Alfredo Etcheverry, quien la denomina como libertad de determinación, definiéndola como “el derecho de cada cual para desarrollar o no desarrollar cualquier actividad, no siendo prohibida u ordenada por ley”. Asimismo, Carrara señala que consiste “en la facultad que compete a todo hombre para ejercer en su provecho las propias actividades en todo lo que no viole derecho ajeno”. Por último, Antonio Bascuñán Rodríguez la entiende como libertad de voluntad que radica “en que la persona, durante el transcurso de todas las etapas de las funciones mentales concientes, sea independiente y autónomo respecto de los demás.”⁴

El concepto de bien jurídico libertad que se utilizará en esta memoria es el de libertad como autodeterminación, por abarcar un espectro más amplio de aspectos de la libertad que son objeto de protección penal, entendiéndola como la facultad o el derecho de todo individuo de desarrollar o no una actividad, en forma consciente, siempre que ésta no esté prohibida u ordenada por ley ni vulnere el derecho ajeno.

⁴ Etcheverry, Carrara y Bascuñán, citados por BULEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R, op. Cit, p. 105.

1.2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y MORAL SEXUAL

Los delitos contra la libertad y la moral sexual difieren entre sí por cuanto protegen bienes jurídicos distintos. Los primeros tienen como bien jurídico a la libertad sexual, la que debe entenderse como la facultad de toda persona de ejercer o participar en actos de significación sexual, libremente, y a no verse obligado a participar de dichos actos o de “repeler los ataques de índole sexual que pudieran producirse”⁵.

Por su parte, la moral sexual dice relación con la protección de determinadas formas éticas de comportamiento sexual, las que están definidas por el grupo dominante en la sociedad. También se asimila a la idea de imponer limitaciones al ejercicio público de actividades de índole o relevancia sexual.⁶

Antes de las reformas legales que incluyeron a la libertad sexual como bien jurídico, los delitos relacionados con el ámbito sexual eran denominados como Delitos contra la Honestidad y tenían entre sus principales bienes jurídicos protegidos a la honestidad y la moral sexual, sin perjuicio de otros como el orden de las familias o el pudor público. Estas figuras delictivas eran entendidas como cánones de conductas sexuales socialmente aceptadas que sólo brindaban protección penal respecto de aquellas circunstancias o personas que se ajustaban a esas directrices. Era así, por ejemplo, que aquella mujer dedicada a la prostitución no podía ser sujeto pasivo del delito de violación por no ser considerada honesta por la sociedad y atentar en contra de la moral sexual pública.

Esta concepción de los delitos sexuales fue abandonada por las distintas legislaciones modernas por ser considerada insuficiente para abarcar los diversos

⁵ ORTS B., Enrique. Delitos contra la libertad sexual. 1º ed. España. Tirant Lo Blanch Alternativa. 1995, p. 24.

⁶ GARRIDO M., Mario. Derecho Penal. 4º ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. T. 3, p. 262

bienes jurídicos que comprenden los delitos de esta naturaleza y, además, por estimarse inadecuado que el Derecho Penal tuviera sanciones cuyo contenido fuera predominantemente de orden ético.

En virtud de lo anterior, la honestidad fue reemplazada por la libertad sexual como bien jurídico y los requisitos éticos fueron desapareciendo de los tipos penales, privilegiándose una descripción más objetiva de los delitos de manera de evitar discriminaciones por comportamientos sexuales no tradicionales.

1.2.1. Derecho Nacional

En Chile, antes de la entrada en vigencia de Ley N° 19.617 los delitos sexuales eran tratados en el Título VII del Libro II del Código Penal, bajo el subtítulo de “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”. Estos delitos eran analizados en forma separada, según se atentara al orden de las familias o contra la moralidad pública, estando esta última estrictamente relacionada con la denominación “Delitos contra la Honestidad” antes descrita.

La forma como era concebido el concepto de honestidad en aquella época es inmejorablemente descrita por el autor Mario Garrido Montt, quien señala que “La referencia a la honestidad recoge y protege la concepción relativa del ejercicio de las funciones de índole sexual, separando el ejercicio honesto y el deshonesto –permitido y prohibido de la misma-, morigerando los espacios de libertad que –en realidad- permiten justificar la existencia de estos delitos”⁷.

Las modificaciones legales introducidas por la Ley N° 19.167 y 19.927, tenían por finalidad que el bien jurídico libertad sexual adquiriera preeminencia sobre la moral sexual, siguiendo las corrientes modernos al respecto. Sin embargo, para los autores Bullemore y Mackinnon esta preeminencia resulto ser sólo nominal por cuanto “gran parte de las materias reformadas, y algunos de los tipos penales creados con esta ley

⁷ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 263

(19.927), parecen referirse al bien jurídico “moral sexual”, más que a la libertad sexual.”⁸

Cabe señalar que la moral sexual, como bien jurídico protegido, no ha desaparecido del Código Penal chileno sino que ésta ha sido desplazada por la libertad sexual en los delitos de Violación de mayores de 14 años (Art. 361), Violación de menores de 14 años (Art. 362), Violación del cónyuge o conviviente (Art. 369, inc. final), Violación con homicidio (Art. 372 bis), Estupro (Art. 363), Abuso sexual de mayores de 14 años y de personas de entre 14 y 18 años (Art. 366), Abuso sexual agravado por introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal (Art. 365 bis), Abuso sexual de menores de 14 años y Conducta sexual impropia con menores de 14 años (Art. 366 bis) y con personas de entre 14 y 18 años (Art. 366 quáter).

Hoy en día la doctrina está conteste en el hecho de que la regulación penal de la conducta sexual debe limitarse a aquellas acciones que atentan contra la libertad sexual del individuo, situando la libertad de ejercicio y autodeterminación sexual, en el ámbito del ejercicio de las libertades individuales. En este sentido, el autor Raúl Carnevali Rodríguez afirma que “Existe cierto consenso en centrar el objeto jurídico de la protección dentro de la esfera de la autodeterminación de las facultades sexuales”⁹.

1.2.2. Derecho Comparado

En Argentina, antes de la reforma de la Ley 25.087 se agrupaban bajo la denominación Delitos contra la Honestidad los delitos de violación, corrupción, abuso deshonesto, ultrajes al pudor y raptó. Una vez promulgada y publicada la norma citada en el año 1999, aquellos pasaron a integrar los Delitos contra la Integridad Sexual, pasando a ser éste el bien jurídico protegido por el Derecho Penal y no “un

⁸ BULEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. Op. Cit. p. 142

⁹ CARNEVALI R., Raúl. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. Gaceta Jurídica N°250, 2001. p. 16.

concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima”¹⁰. Cabe precisar que el autor argentino Edgardo Donna afirma que la integridad sexual es la libertad sexual de las personas mayores de 18 años y el libre desarrollo sexual de los menores de edad.

A su vez, en España, en un principio la moral sexual era considerada como el bien jurídico protegido por los denominados Delitos contra la Honestidad, aun cuando los autores descomponían este bien jurídico en otros más precisos y vinculados a los diferentes delitos del Título IX del Código Penal. En consecuencia, los autores empezaron a distinguir entre los delitos que tenían un sujeto pasivo individual y uno colectivo, asignándose a los primeros la protección de la libertad sexual individual, en la medida que se integraban a la moral sexual colectiva. El concepto de libertad sexual individual cobró importancia en la reforma de 1978, la que eliminó figuras vinculadas a planteamientos moralizadores y restó elementos éticos a los tipos penales, como la honestidad¹¹.

Después, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de 1989, sustituyó el nombre del Título IX del Código Penal de “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la libertad sexual” con la finalidad de expresar el autentico bien jurídico protegido por las normas en él estipuladas.

La Ley Orgánica 10/1995, de fecha 23 de noviembre de 1995, fijó el nuevo texto punitivo español, sustituyendo el Título IX del Código Penal antiguo por el Título VIII del Libro II, manteniendo el nombre “Delitos contra la libertad sexual”. Esta norma demuestra que el bien jurídico protegido ya no era la honestidad de la mujer sino la libertad sexual, protegiendo facetas relacionadas con la salud de la víctima y la propia libertad.

¹⁰ DONNA, Edgardo, Op. Cit. p.12

¹¹ DIEZ RIPOLLES, José Luis. La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. 1º ed. España, Bosch Casa Editorial S.A. 1985. p. 17-18.

Finalmente, mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril 1999, buscó garantizar la protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, lo que se hizo mediante la reforma de los tipos delictivos, especialmente, el abuso sexual, y la tipificación de la conducta de difundir, vender, exhibir o facilitar materiales pornográficos en que aparezcan personas de las características indicadas. En virtud de esto, se sustituyó la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, por la denominación “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

2.1. CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.

El delito de violación, luego de las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.617 y N° 19.927, se encuentra definido en los artículos 361 y 362 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 361: “La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación.
2. Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.
3. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

Artículo 362: “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”

2.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

La doctrina nacional trata el delito de violación dentro de los delitos contra la “Libertad Sexual”, siendo discutido si algunas modalidades buscan proteger, también, el bien jurídico “Intangibilidad o Indemnidad Sexual”.

En concordancia con la postura que reconoce a la libertad sexual como único bien jurídico protegido, los autores Vivian Bullemore y John Mackinnon la entienden como “el derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás”¹² . En consecuencia, lo ilícito no es el acto sexual en sí mismo, por cuanto las personas son libres de decidir respecto de su vida sexual, sino la circunstancia en que dicho acto se verifica, en que se impone por parte del agente su voluntad de acceder carnalmente a otra persona, contraviniendo la libertad de decisión de participar en un acto sexual por parte de la víctima.

Respecto de la rama de la doctrina que incluye a la indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico protegido por el delito de violación, es posible citar a Luis Rodríguez Collao y Mario Garrido Montt. Para el primer autor, la indemnidad sexual consistiría en “un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas”¹³. El acto delictivo se produce toda vez que la víctima carece de la capacidad de entender el significado e importancia de la relación sexual, lo que podría afectarle en su desarrollo sano y normal, por lo que se encuentra incapacitado de ejercer la libertad sexual de manera consciente.

Sin perjuicio de las distintas posiciones doctrinarias, la doctrina coincide y hace hincapié en que conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.167 de 12

¹² BULLEMORE G., Vivian R. - MACKINNON R. John R., Op. Cit. p. 144.

¹³ RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001. p. 127

Julio de 1999, y de la Ley N° 19.927, de 14 de Enero de 2004, en lo que al delito de violación respecta, actualmente los delitos que atentan contra la Libertad Sexual son:

1. El delito de Violación de mayores de 14 años (art. 361)
2. El delito de Violación de menores de 14 años (art.362)
3. El delito de Violación del Cónyuge o conviviente (art.369 inc. final)
4. El delito de Violación con Homicidio (art. 372 bis)

En el delito de violación el verbo rector es “acceder carnalmente”, consistiendo la conducta típica en la introducción del pene u órgano sexual masculino en las cavidades indicadas en la norma, esto es, la vagina, ano o boca de una persona, sin indicar quién puede realizar la acción.

Lo relevante no es la relación sexual en si misma ni la forma de realizarla, sino la falta de voluntad de la víctima, la que puede ocurrir por violencia o intimidación o por el abuso de circunstancias de vulnerabilidad de la víctima, como la minoría de edad determinada o de capacidad.

Así, el delito de violación presenta una variedad de circunstancias de ejecución, en las que se aprecia la ausencia de voluntad libre y legítima de la víctima en la realización de la cópula, lo que ocurre cuando la víctima se niega a efectuar el acto sexual, o aquella no está en condiciones de ejercer su libertad sexual.

El delito de violación presenta cinco modalidades de comisión. La primera de ellas se presenta cuando se emplea fuerza e intimidación, frente a una ausencia de voluntad de la víctima al acceso carnal. La segunda modalidad concurre cuando la víctima se halla privada de sentido, existiendo ausencia de voluntad pues la víctima en su estado no puede consentir en participar en un acto sexual. La tercera modalidad procede cuando existe imposibilidad del sujeto pasivo de oponer resistencia a la realización del acto sexual, en atención a su incapacidad, no pudiendo, por tanto, manifestar materialmente su oposición. La cuarta modalidad dice relación con el estado

mental de la víctima, toda vez que ésta se encuentra en un estado de enajenación o trastorno mental, estando imposibilitado mentalmente de consentir en la realización del acto sexual. Finalmente, la quinta modalidad de comisión del delito de violación es la que contempla la acción con un menor de 14 años, concurriendo ausencia de voluntad como requisito esencial para la configuración del delito.

2.3. CONCEPTOS DE DELITO DE VIOLACION EN DERECHO COMPARADO

2.3.1. Derecho Penal Español.

El delito de violación en el Código Penal español, antes de la modificación de 1999, se encontraba bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”, precisamente en el derogado artículo 429, que establecía;

Artículo 429: “La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare de fuerza o intimidación.
2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación
3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias en los números anteriores.

Con posterioridad a la modificación de la Ley Orgánica de 10/1995 de 23 de noviembre, se fijó el texto de los artículos 178, 179 y 180 que integraban el Capítulo I de las agresiones sexuales del Título VIII de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los que señalaban lo siguiente:

“Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

b. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

d. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos

149 y 150 de este Código Penal, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.”

Después el Capítulo I del Título VIII volvió a ser modificado mediante la Ley Orgánica 11/1999, quedando redactados los artículos 178, 179 y 180 en el siguiente tenor:

“Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

b. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

d. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código Penal, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.”

Finalmente, la Ley Orgánica 15/2003, de fecha 25 de noviembre de 2003, en su artículo sexagésimo tercero modificó únicamente el texto del artículo 179, el que quedó redactado como sigue:

“Artículo 179

Quando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.”

2.3.2. Derecho Penal Argentino

El delito de violación se encontraba reglamentado en dicha legislación bajo el título de “Delitos contra la Honestidad”, específicamente en el artículo 119 y siguientes:

Artículo 119: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años;
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no se pudiere resistir;
3. Cuando se usare de fuerza o intimidación”.

El artículo recién mencionado fue derogado por la Ley N° 25.087, promulgado con fecha 07 de mayo de 1999, señalando la nueva normativa lo siguiente:

Artículo 119: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

1. Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
2. El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

3. El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
4. El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
5. El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
6. El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).”

2.3.3. Derecho Penal Alemán

En el derecho alemán, el delito de violación está tratado en el artículo 177 del Código Penal, dentro del capítulo denominado “Los atentados contra la autodeterminación sexual”, disponiendo lo siguiente:

Artículo 177: “El asalto sexual por el uso de la fuerza o las amenazas, la violación.

Todo aquel que coacciona a otra persona por la fuerza; por la amenaza de peligro inminente para la vida o la integridad física, o mediante la explotación de una situación en la que la víctima está desprotegida y a merced del delincuente, a sufrir actos sexuales por parte del delincuente o de un tercero en su propia persona o de participar activamente en la actividad sexual con el delincuente o de un tercero, será castigado con pena de prisión de no menos de un año.

En los casos especialmente graves la pena será de prisión de no menos de dos años. Un caso especialmente grave se produce normalmente si el delincuente lleva a cabo el acto sexual con la víctima o realiza otros actos sexuales con la víctima, o les permite llevar a cabo en el mismo por la víctima, sobre todo si degradar a la víctima o

si conllevan la penetración del cuerpo (la violación), o el delito se comete en forma conjunta por más de una persona.

La pena será no menor de tres años si el infractor lleva un arma u otro instrumento peligroso; de lo contrario lleva consigo un instrumento u otro medio con el propósito de prevenir o superar la resistencia de otra persona mediante la fuerza o la amenaza de la fuerza, o por el delito coloca a la víctima en peligro de daño grave.

La pena será de prisión de no menos de cinco años si el delincuente utiliza un arma u otro instrumento peligroso durante la comisión del delito, o si el delincuente en serio los abusos físicos a la víctima durante el delito, o por el delito coloca a la víctima en peligro de muerte.

En los casos menos graves del párrafo (1) por encima de la pena será de prisión de seis meses a cinco años, en los casos menos graves previstos en los párrafos (3) y (4) por encima de pena de prisión de uno a diez años.”

2.3.4. Derecho Penal Italiano

Por su parte, la legislación italiana contempla el delito de violación en su artículo 519 del Código Penal:

Artículo 519: "El que, con violencia o amenaza, obligue a alguno al acceso carnal, será castigado con reclusión de tres a diez años.

Será sometido a la misma pena el que se una carnalmente con una persona que en el momento del hecho:

1. no haya cumplido catorce años;

2. no haya cumplido dieciséis años, cuando el culpable es su ascendiente o tutor, u otra persona, a quien el menor haya sido confiado por razones de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia;

3. es enferma mental o no está en grado de oponer resistencia a causa de sus propias condiciones de inferioridad psíquica o física, aunque ésta sea independiente del hecho del culpable;

4. haya sido inducida a engaño por haber sustituido el culpable a otra persona".

2.3.5. Derecho Penal Francés

En el derecho francés, el delito de violación se encuentra bajo la sección "De las agresiones sexuales", señalando lo siguiente:

Artículo 222-23: "Todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido sobre persona ajena con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa constituye una violación.

La violación será castigada con quince años de reclusión criminal."

Artículo 222-24: "La violación se castigará con veinte años de reclusión criminal:

1. Cuando haya provocado mutilación o invalidez permanente;

2. Cuando se haya cometido sobre un menor de quince años;

3. Cuando se haya cometido sobre una persona cuya especial vulnerabilidad, debido a su edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de gestación, sea aparente o conocida por el autor;

4. Cuando haya sido cometida por ascendiente legítimo, natural o adoptivo, o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima;

5. Cuando la haya cometido una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones;

6. Cuando la hayan cometido varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice;

7. Cuando se haya cometido con el uso o la amenaza de un arma;

8. Cuando la víctima se haya puesto en contacto con el autor de los hechos gracias a la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público no determinado;

9. Cuando se haya cometido en razón de la orientación sexual de la víctima.”

Artículo 222-25: “La violación será castigada con treinta años de reclusión criminal cuando haya provocado la muerte de la víctima.

Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad serán aplicables a la infracción prevista en el presente artículo.”

Artículo 222-26: “La violación será castigada con reclusión criminal a perpetuidad cuando vaya precedida, acompañada o seguida de torturas o de actos de barbarie.

Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad serán aplicables a la infracción prevista en el presente artículo.”

2.3.6. Derecho Penal Peruano

A su vez, el Código Penal peruano contempla el delito de violación en los artículos 170 y siguientes de ese cuerpo legal:

Artículo 170: Violación sexual

“El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar."
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima."

Artículo 171: Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir.

"El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de doce ni mayor a dieciocho años."

Artículo 172: Violación de persona en incapacidad de resistencia

“El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”

Artículo 173: Violación sexual de menor de edad

“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.”

Artículo 173-A: Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave.

“Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.”

Artículo 174: Violación de persona bajo autoridad o vigilancia

“El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años e inhabilitación de dos a cuatro años, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.”

2.3.7. Derecho Penal Colombiano

Finalmente, en el derecho colombiano, el delito de violación está contemplado en los artículos 205 y siguientes del Código Penal de dicha legislación:

Artículo 205: Acceso Carnal Violento. “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”

Artículo 206: Acto Sexual Violento. “El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

Artículo 207: Acceso Carnal o Acto Sexual En Persona Puesta En Incapacidad De Resistir. “El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad

síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

2.4. SEMEJANZA ENTRE CONCEPTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Los tipos penales del delito de violación en las legislaciones antes citadas revisten ciertas semejanzas que radican, en primer lugar, en el verbo rector, ya que todas contemplan la voz “acceder carnalmente” como descripción de la conducta del ilícito. En segundo lugar, algunas de las normativas coinciden en que el acceso carnal puede realizarse vía anal, bucal y vaginal. En tercer y último lugar, los distintos textos legales contemplan como modalidades el uso de fuerza e intimidación, el abuso de una situación de prevalencia, el abuso de la falta de voluntad de la víctima por estar privada de razón, y la realización de la conducta con un menor de determinada edad.

Sin perjuicio de que en el derecho comparado es posible encontrar bastantes similitudes con la legislación nacional en la materia, no es menos relevante el hecho de que existen diferencias con la normativa española y peruana, ya que ellas contemplan como parte integrante del verbo rector no sólo la introducción del pene en las distintas cavidades, sino que además incluyen la introducción de objetos u otros miembros corporales en las mismas, considerando además no sólo el acto sexual de la cópula como posibilidad de ejecución del delito, sino también la realización de otros actos sexuales diversos.

CAPITULO III:

TIPO OBJETIVO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.1.1. Derecho Nacional.

Después de las modificaciones legales de la Ley N° 19.617 y 19.927, el objeto de tutela en el delito de violación es el derecho de toda persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento, en atención al daño físico, síquico y/o emocional que tal experiencia puede ocasionar en ella¹⁴. Lo que determina la punibilidad de la violación no es la actividad sexual en sí misma, sino el hecho de que ésta sea lleva a cabo en contra de la voluntad de la víctima o en abuso de circunstancias de vulnerabilidad que ésta presenta, castigándose el uso de la fuerza o la intimidación, el hecho de prevalerse el agente de la privación de sentido o la incapacidad de oposición, la enajenación o trastorno mental, o la inmadurez de la víctima.

La distinción relativa a si el acto sexual se realiza en contra de la voluntad de la víctima o por el abuso de circunstancias de vulnerabilidad de la misma determina cual es el bien jurídico protegido por el tipo penal. Es así que tratándose de la violación propia, aquella en que se emplea fuerza e intimidación para doblegar la voluntad de la víctima, se protege la libertad sexual, la facultad de decidir ser o no parte de un acto de relevancia sexual, la que es vulnerada por el sujeto activo al obligar a la víctima a mantener relaciones carnales no consentidas. En la violación impropia o de prevalimiento, en la que no opera la voluntad de la víctima sino la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, hay que distinguir si el sujeto pasivo se halla privado de sentido o es incapaz de oponerse, en cuyo caso el bien jurídico protegido

¹⁴ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 124.

también es la libertad sexual o, en cambio, si la situación de vulnerabilidad dice relación con la sanidad mental del sujeto pasivo o su calidad de menor de 14 años de edad y estar, por tanto, incapacitado para disponer de su sexualidad, siendo precisamente este aprovechamiento lo castigado por el tipo, por lo que el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de la víctima. En consecuencia, en esta memoria se estima que el delito de violación protege dos bienes jurídicos diversos, la libertad sexual respecto del tipo penal del artículo 361 N° 1 y 2, y la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso del artículo 361 N° 3 y artículo 362.

La libertad sexual o libertad de autodeterminación sexual es entendida, en este trabajo, como aquella facultad o derecho de todo individuo de desarrollar o no un acto de significación sexual, en forma consciente, siempre que ésta no esté prohibida por ley ni vulnere el derecho ajeno. Asimismo, se considera que ésta tiene un ámbito activo, concebido como la libre disposición de los individuos de sus potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento en el ámbito privado como frente a terceros, y otro pasivo, consistente en el derecho de una persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento.

En este sentido, el autor Mario Garrido Montt señala respecto de la libertad de autodeterminación sexual que “incide en la facultad humana de consentir o rechazar la realización de actos de significancia sexual”, agregando que “toda persona puede legítimamente ejercerla en forma activa o pasiva”, lo que se traduce en la posibilidad de realizar válidamente cualquier tipo de actos sexuales y en la de rechazar la ejecución de los mismos, siempre dentro del marco de respeto de los intereses individuales y colectivos¹⁵.

Los autores Vivian Bullemore y John Mackinnon también reconocen esta dualidad en la libertad sexual al señalar los delitos sexuales se insertan dentro del

¹⁵ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 265-266

concepto de la libertad de toda persona a decidir libremente lo que desea hacer con su vida sexual y a negarse a interacciones sexuales no queridas¹⁶.

Por su parte, el bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual se relaciona con las personas que se encuentran con perturbaciones mentales o que son menores de 14 años de edad, razones por las cuáles no tienen capacidad para decidir sobre su comportamiento sexual. La carencia de esta capacidad es lo que hace imposible que este tipo de personas puedan ejercer la libertad sexual conscientemente, razón por la que el objeto de tutela es el derecho de permanecer libre de todo daño o perjuicio en su esfera sexual, y a desarrollarse en forma normal y saludable en el ámbito sexual.

En esta memoria la indemnidad o intangibilidad sexual es concebida como el derecho de toda persona a no verse involucrada en contextos sexuales que no puede entender, de manera de verse libre de daño o perjuicio alguno que pudiera afectar su desarrollo sano y normal en el ámbito sexual.

Para el autor Raúl Carnevali la indemnidad sexual o libertad sexual potencial, como él la denomina, consiste en la “preservación de las condiciones fundamentales que permitan en el futuro ejercitar adecuadamente las facultades sexuales, esto es, impedir en el sujeto la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo posterior”¹⁷.

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt señala al tratar la indemnidad sexual que “el ejercicio de la libertad sexual presupone la protección de las condiciones objetivas que hacen factible su utilización y, por ende, el ámbito de su protección debe extenderse a aquellas condiciones que constituyen el proceso de gestación, consolidación y definición de esa sexualidad”. También, expone que ella tiene una

¹⁶ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John, Op Cit. p. 144

¹⁷ CARNEVALI R., Raúl, Op. Cit. p. 16

doble dimensión, como facultad humana inviolable, y como referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad”.¹⁸

Por su parte, el autor Luis Rodríguez Collao entiende a la indemnidad o intangibilidad sexual como un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas”¹⁹.

Cabe señalar que parte de la doctrina no considera que la indemnidad o intangibilidad sexual deba ser considerada como un bien jurídico protegido distinto sino que aquella puede ser subsumida dentro de la libertad sexual. Es así que los autores Vivian Bullemore y John Mackinnon consideran que ésta distinción de bienes jurídicos para los delitos sexuales es un error y un concepto innecesario, afirmando que en el caso de los menores de 14 años siempre el bien protegido es la libertad sexual, pero con un contenido algo más complejo ya que el ordenamiento jurídico chileno no les reconoce la facultad de autodeterminación, lo que implica que el tipo penal más que ser una prohibición al menor de 14 años de edad, es una prohibición a terceros de realizar conductas sexuales con ellos o determinarlos a llevarlas a cabo²⁰.

Añaden que la indemnidad sexual corresponde al “derecho de todo niño o niña menor de 14 años de edad de no verse expuesto frente a adultos que los inducen a aparentes y falsas elecciones en materia sexual para las que no están capacitados y, por supuesto, a no verse derechamente sometidos a actos sexuales que no comprenden y para los que no se encuentran psíquicamente preparados”²¹.

¹⁸ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 267

¹⁹ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 127

²⁰ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John, Op Cit. p. 145

²¹ Ibidem, p. 146

Finalmente, explican que la libertad sexual supone la elección informada entre alternativas y un desarrollo y una madurez psicológica que les permitan a los participantes de una relación carnal elegir conscientemente. En consecuencia, el menor de 14 años ve vulnerada su libertad sexual ya que carece de los elementos antes indicados, por lo que al involucrarlo en una acción sexual necesariamente se prescinde de sus propias elecciones o preferencias respecto de su participación en ella porque no está en condiciones de formularlas²².

Por el contrario, Luis Rodríguez Collao sostiene que la libertad sexual no es el bien jurídico protegido de ninguno de los delitos sexuales del ordenamiento jurídico penal, argumentando que “el hecho que la ley considere el desvalor inherente a la afectación de un determinado interés, no quiere decir que éste sea precisamente el objeto de tutela, sobre todo si está claro, como ocurre en estos casos (en el delito de violación y algunas formas de abuso sexual), que dicho desvalor opera como fundamento de una agravación de la pena; de manera de atribuirle, además, un papel en la fundamentación del castigo importa, lisa y llanamente, interpretar la norma en un sentido contrario a las exigencias que imponen el principio non bis in idem”²³.

Este autor expone, desde un punto de vista político-criminal, cuatro reparos respecto la libertad sexual como bien jurídico protegido, que son: “a) la imposibilidad de explicar en términos estrictamente jurídicos el grado de especialidad que revestiría la libertad sexual en relación con la capacidad de autodeterminación en general; b) que hay atentados contra los intereses sexuales del individuo –sobre cuya necesidad de castigo nadie discute- en los que simplemente no resulta comprometida la libertad, ya porque ésta en algunos casos no existe, ya porque la conducta que se considera merecedora de sanción presupone el ejercicio de un poder de autodeterminación por parte de la víctima; c) que la idea de libertad sexual no es fundamento válido para explicar la diferente gravedad que se suele atribuir a las distintas formas de abuso

²² Ibidem, p. 147

²³ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 118-119

sexual; y d) en general, su falta de concordancia con las expectativas sociales acerca de la forma que ha de asumir la represión de los delitos sexuales”²⁴

Menciona, también, desde un plano sistemático, que sería necesario que los delitos que atentaran contra la libertad sexual siempre estuvieran dotados de igual o mayor gravedad que un atentado contra la libertad en general, de manera de justificar la existencia de un grupo de conductas caracterizado por la especialidad del ataque a la facultad de autodeterminación del individuo, lo que no ocurre en el ordenamiento penal chileno. Agrega que el mayor escollo dice relación con los distintos rangos de penalidad que se prevé para cada delito sexual y las razones en que se fundan tales diferencias.

3.1.2. Derecho Comparado

3.1.2.1. Derecho Español

La reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de 1989, modificó el bien jurídico protegido por los delitos sexuales, pasando de ser la honestidad a ser la libertad sexual, lo que se reflejó en el cambio de la rúbrica del entonces Título IX, que hasta antes de la reforma rezaba “Delitos contra la honestidad”, y después paso a llamarse “Delitos contra la libertad sexual”. Posteriormente, la Ley Orgánica 10/1995, de fecha 23 de noviembre de 1995, que fijó el nuevo texto del Código Penal español, mantuvo la idea de que el título que agrupaba los delitos sexuales, que paso a ser el Título VIII, debía ser denominado como “Delitos contra la libertad sexual” por proteger ese bien jurídico. Finalmente, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril de 1999, incorporó el bien jurídico indemnidad sexual a la rúbrica del Título VIII, quedando denominado como “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

²⁴ Ibidem, p. 120-121

Cabe precisar que, si bien la libertad sexual es reconocida por la reforma del año 1989 y la indemnidad sexual lo es sólo a partir de la Ley Orgánica 11/1999, ambos bienes jurídicos han sido tratados conjuntamente por la doctrina española antes de las reformas legales, tal como da cuenta José Luis Díez Ripollés en su obra “La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma”, del año 1985.

La doctrina española no está conteste respecto de los bienes jurídicos que protegen los delitos sexuales, algunos señalan que son la libertad y la indemnidad sexual, y otros sólo estiman que es la libertad sexual. Un representante de la primera postura es el autor Francisco Muñoz Conde, quien afirma que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido por los delitos sexuales²⁵.

El autor antes referido entiende la libertad sexual “como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo”²⁶. Afirma que ésta no puede explicar los delitos sexuales que recaen sobre menores o incapaces, dado que estas personas carecen de esa libertad o autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Es por esta razón que respecto de aquellos opera el bien jurídico intangibilidad o indemnidad sexual, el cual se traduce en la protección de la libertad futura de los menores, en la normal evolución y desarrollo de su personalidad de manera que puedan decidir en libertad su comportamiento sexual en la adultez, y en el caso de los incapaces o deficientes mentales, evitar su utilización como objetos sexuales de terceros para satisfacción de sus propios deseos sexuales.

Una opinión contraria tiene José Luis Díez Ripollés, quien considera que el término indemnidad sexual es innecesario y superfluo, afirmando que la libertad sexual expresa mejor que ninguna otra el objeto jurídico que se quiere proteger en la mayoría de los preceptos del título IX, actual título VIII. Argumenta que el Derecho Penal sexual moderno pretende garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad, para lo cual ha

²⁵ MUÑOZ C., Francisco. Op. Cit., p. 205.

²⁶ Ibidem, p. 206

despenalizado determinadas conductas que impiden la actividad sexual libre de ciertas personas, sin limitar apreciablemente la libertad sexual de terceros, y ha prohibido conductas en las que el sujeto activo involucra en su acción sexual a otras personas sin mediar libertad alguna, como ocurre en los casos de menores y de privados de razón susceptibles o no de curación. Así, al castigarse ese tipo de conductas se protege el derecho de toda persona a ejercer la actividad en libertad, es decir, la libertad sexual²⁷.

Finalmente, hay que mencionar la posición de los autores Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto y Villarejo, quienes señalan que el bien jurídico protegido depende de cada figura delictiva y se debe despejar en cada caso concreto. Sin embargo, convienen con la doctrina que sostiene que es la libertad sexual el bien jurídico protegido en la mayor parte de los delitos sexuales, la que debe ser entendida en un doble aspecto, como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro.²⁸

3.1.2.2. Derecho Argentino

Después de la reforma introducida por la Ley N° 25.087, promulgada el 14 de abril de 1999 y publicada con fecha 14 de mayo del mismo año, el Título III del Código Penal Argentino se rubrica como “Delitos contra la Integridad Sexual”, razón por la que algunos autores estiman que el bien jurídico protegido en estos delitos sería la integridad sexual.

Para el autor Jorge Luis Villada la reforma legal reconoce que la mayor dañosidad de los delitos del Título III se verifica en el campo de la salud, especialmente

²⁷ DIEZ RIPOLLES, José Luis. Op. Cit. p. 20, 28 y 29.

²⁸ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Manual de Derecho Penal: Parte Penal: delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil. 3° ed. España. Centro de Estudios Ramón Areces. 1995. p. 199.

mental, que desplaza la problemática de la libertad a la integridad y dignidad físico-sexual²⁹.

Carlos Creus define la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo, dependiendo tanto de las circunstancias individuales como del entorno social.³⁰

Para autores como Jorge Buompadre, Sebastián Soler y Edgardo Donna el bien jurídico protegido es la libertad sexual por cuanto la integridad sexual estaría referida a aquella. Este último autor afirma, además, que “el bien jurídico “integridad sexual” no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer.”³¹

También podemos agregar otros autores que consideran que el bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual con acceso carnal o violación es distinto a la integridad sexual o la libertad sexual, como Francesco Carrara que estima que este delito atenta contra la “pudicia individual”, Ricardo Núñez que afirma que es la “reserva sexual” y Carlos Fontan Balestra sostiene que es la “voluntad sexual”³².

3.2. CONDUCTA TÍPICA

3.2.1. Derecho Nacional

²⁹ Jorge Luis Villada citado por DONNA, Edgardo. Op. Cit. p.13

³⁰ Carlos Creus citado por DONNA, Edgardo. Op. Cit. p.13

³¹ DONNA, Edgardo. Op. Cit. p.14

³² Ibidem. p. 57 y 58

Conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.167, de 12 de julio de 1999, y de la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, actualmente los delitos de violación, objeto de esta memoria, son los siguientes:

a.- El delito de Violación de Mayores de 14 años (art. 361)

b.- El delito de Violación de Menores de 14 años (art. 362)

El delito de violación es un tipo penal de acción, se consume por la mera realización de la conducta prohibida, es decir, acceder carnalmente. La norma ofrece distintas modalidades de comisión, estas se configuran cuando se usa fuerza o intimidación, cuando la víctima se hallare privada de sentido por cualquier causa o incapacitada para oponer resistencia, se abusare de su enajenación o trastorno mental, y cuando sea menor de catorce años, por lo que se sostiene que el delito de violación es de hipótesis múltiples y, por lo tanto, se consume por la mera realización de la las conductas descrita en la norma.

El Código Penal chileno señala como verbo rector de la conducta prohibida en el delito de violación, la expresión *acceder carnalmente*, la que es entendida doctrinariamente como sinónimo de introducción del pene u órgano sexual masculino en las cavidades indicadas en la norma. Cabe señalar que la antigua discusión que suscitaba la necesidad de coito entre un hombre y una mujer ha sido superada.

Los autores Vivian Bullemore y John Mackinnon afirman que la conducta típica en el delito de violación está descrita en el verbo rector acceder carnalmente, el cual es sinónimo de introducir el pene u órgano sexual masculino, la que debe efectuarse en la vagina, ano o boca de la mujer, o en el caso del hombre, en el ano o en la boca.³³

En el mismo sentido, Luis Rodríguez Collao señala que el delito de violación exige un acceso carnal, el que debe ser entendido como introducción del miembro masculino en la vagina, el ano o la boca de la víctima, y no como la introducción de

³³ BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON R., John, p. 147.

otros objetos, aun cuando éstos pertenezcan al propio cuerpo del sujeto activo o al mundo circundante. Añade como requisito para la ejecución de la conducta que el pene se encuentre en estado de erección, argumentando que la ausencia de erección no constituiría penetración según el sentido etimológico de la palabra y tampoco implicaría la idea de acometimiento del varón, lo que este autor sería un requisito claramente formulado por el inciso segundo del artículo 361 del Código Penal chileno³⁴.

Por su parte, Raúl Carnevalli Rodríguez el acceso carnal “supone la penetración del pene en algunas de las cavidades descritas en el tipo –inmissio penis-, introducción que no requiere que sea completa, esto es, basta que haya tenido lugar el acceso o penetración, aun cuando sea mínimo.”³⁵

Cabe señalar que el referido autor discrepa con la postura doctrinaria que sostiene acceder carnalmente estaría aludiendo únicamente a quien realiza la acción de penetrar y, en consecuencia, sólo podría realizar la actividad un hombre por cuanto él estima que no sólo el varón puede ser el sujeto activo en el delito de violación.

Finalmente, Mario Garrido Montt sostiene que “acceder carnalmente” no se limita a la penetración del órgano viril sino que incluye cualquier otro acceso carnal, siempre que el acceso sea para el orgasmo de las personas que intervienen, que el hechor utilice los órganos que biológicamente conducen al orgasmo y que se el acto sea susceptible de satisfacer el concepto de cópula carnal³⁶.

Esta memoria sostiene que el verbo rector “acceder carnalmente” si bien implica la introducción del pene en la vagina, ano o boca de una persona, esto no determina quién debe realizar la acción, sino que este verbo describe cuando debe entenderse

³⁴ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 138.

³⁵ CARNEVALI R., Raúl, Op. Cit. p. 17.

³⁶ Garrido Montt citado por CARRASCO J., Edison. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales. Revista Lus et Praxis, año 13, N° 2. Universidad de Talca. 2009. p 140.

realizado un acto sexual que constituye el delito de violación, esto es, cuando se produce la introducción del miembro viril en alguna de las cavidades determinadas por la norma en contra de la voluntad de alguno de los participante. Es así que, lo que configura realmente el delito es la falta de voluntad de la víctima para participar en una relación sexual, siendo el hechor del delito aquel que involucra a otra persona en una relación sexual sin su consentimiento y no aquel que penetra a otro.

3.2.2. Derecho Comparado

3.2.2.1. Derecho Español

En el Derecho Español el verbo rector del delito de violación es “acceder carnalmente” por vía vaginal, anal o bucal, igual que en el Derecho Chileno. No obstante, este tipo penal incluye otro verbo rector, el de “introducir” miembros corporales u objetos por vía vaginal y anal.

El autor Francisco Muñoz Conde indica que la reforma del año 1999 trató al delito de violación como un tipo cualificado de agresión sexual, el que se caracteriza por la penetración del pene en la vagina, ano o boca y por la introducción de objetos en las primeras dos cavidades señaladas. Después, por la LO 15/2003 se agregó la introducción de miembros corporales por vía vaginal y anal³⁷.

Por su parte, el autor Joan Queralt Jiménez en su libro Derecho Penal Español: Parte Especial, afirma el delito de violación presenta 3 variantes: el acceso carnal personal, que corresponde a la penetración del pene en la vagina, ano o boca de la víctima, y los accesos carnales instrumentales, que pueden ser llevados a cabo por elementos corporales ajenos al sistema genital humano, como los dedos, o por instrumentos sean o no manufacturados.³⁸

³⁷ MUÑOZ C., Francisco, Op. Cit. p 216.

³⁸ QUERALT J., Joan. Derecho Penal Español: Parte Especial. 4º ed. España. Atelier. 2002. p. 118 a 123.

3.2.2.2. Derecho Argentino

En el Derecho Argentino, también, el verbo rector es “acceder carnalmente”, el que se entiende como la introducción del pene en el cuerpo de la víctima, estando la discusión centrada en el lugar de penetración.

Según el autor Edgardo Donna, existen 2 criterios que intentan dar un concepto de acceso carnal, por una parte, el criterio biólogo postula que el acceso carnal “es sólo la penetración del órgano sexual masculino, por vía normal o anormal, en el cuerpo de la víctima”. El criterio jurídico afirma que el acceso carnal “es toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste”³⁹.

Representando el criterio jurídico está Sebastián Soler, quien manifiesta que acceder carnalmente es “la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal, aclarando que ésta es la nota distintiva del delito de violación de los demás abusos.”⁴⁰

Por el criterio biólogo, se puede encontrar a autores como Carlos Creus, quien señala que “el acceso carnal típico en la violación y el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal, únicamente”⁴¹.

En el mismo sentido, Edgardo Donna manifiesta que “acceso carnal” significa introducción del pene por vía vaginal o anal, excluyéndose la vía bucal aun cuando el

³⁹ DONNA, Edgardo. Op. Cit. p. 60

⁴⁰ Sebastián Soler citado por DONNA, Edgardo. Op. Cit. p. 62

⁴¹ CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. 6° ed. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1998. Tomo 1. p. 170

tipo incluya la frase “por cualquier vía” por cuanto se ampliaría descomunadamente el tipo penal⁴².

Finalmente, el autor Ricardo Núñez, representando a la postura mayoritaria de la doctrina argentina, afirma que el verbo rector “significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima”.⁴³

3.3. MODALIDAD DE COMISIÓN DEL DELITO DE VIOLACION

Dentro de las circunstancias constitutivas del delito de violación, el Código Penal no menciona la ausencia de voluntad de la víctima, no obstante ser ésta un requisito esencial para que se configure el delito. Sin embargo, dicha ausencia de voluntad como elemento necesario en cualquiera de las modalidades de comisión del delito de violación, se desprende de las distintas causales que los artículos 361 y 362 del Código Penal describen.

Las primeras cuatro modalidades de ejecución del delito de violación están enumeradas en el artículo 361 del Código Penal. La primera de ellas consiste en el empleo de la fuerza o intimidación, donde su utilización sólo se justifica frente a una ausencia de voluntad de la víctima al acceso carnal. En el segundo caso, la ausencia de voluntad se manifiesta en la privación de sentido de la víctima, quien en su estado no puede consentir en participar en un acto sexual. La tercera alternativa es la imposibilidad del sujeto pasivo de oponer resistencia a la realización del acto sexual y, por tanto, no podría manifestar materialmente su oposición. Finalmente, la cuarta modalidad se refiere al estado mental de la víctima, pues ésta por encontrarse bajo un estado de enajenación o trastorno mental se encuentra en la absoluta imposibilidad de consentir en la realización del acto sexual, por no estar capacitada para entender una situación de esa naturaleza.

⁴² DONNA, Edgardo. Op. Cit. p. 66

⁴³ Ricardo Nuñez citado por DONNA, Edgardo. Op. Cit. p. 63

La quinta modalidad de comisión del delito de violación es la contemplada en el artículo 362, donde aún cuando no se manifieste explícitamente la necesidad de concurrencia de la ausencia de voluntad del menor de 14 años como requisito esencial para la configuración del delito, ésta es igualmente considerada, toda vez que en estos casos el legislador presume que estos menores no están capacitados para consentir en participar en una relación sexual. De ahí es que, aún cuando un hombre o una mujer menor de 14 años consientan en una relación sexual, ello no es obstáculo para que la conducta sea considerada de todas formas como constitutiva de una modalidad de delito de violación.

Así, podemos sostener que el Código Penal entiende que falta el consentimiento para participar en actos de relevancia sexual, configurándose el delito de violación, en los casos siguientes:

- Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- Cuando la víctima se halla privada de sentido.
- Cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia.
- Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.
- Cuando la víctima es menor de 14 años.

Cabe tener presente que el consentimiento al ser un elemento objetivo del tipo en los delitos contra la libertad sexual, y en este caso en particular, en el delito de violación, en aquellos casos en que la víctima manifieste su consentimiento en la realización del acto sexual y tal consentimiento sea acreditado en el caso concreto, no se verificaría el delito de violación. Es así que, en el caso en que se llegara a probar que se actuó con el consentimiento de la víctima para llevar a cabo el acto sexual, se configurará una atipicidad (respecto del delito de violación), ya que faltaría uno de los elementos necesarios para que se configure dicho tipo penal, por lo que la conducta realizada no será un hecho típico, al no encontrarse penadas las relaciones

consentidas entre personas del mismo sexo, a menos que la víctima sea menor de 14 años de edad o que la víctima padezca de enajenación o trastorno mental.

La relevancia que revisten los casos de menores de 14 años y de personas que padezcan enajenación o trastorno mental, radica en que, a pesar de que la víctima entregue su consentimiento y este sea acreditado, se configurará de todas formas el delito de violación. Ello porque, el consentimiento que manifieste la víctima en estas circunstancias particulares no es válido por cuanto la legislación no le reconoce la capacidad de aceptar participar de un acto de relevancia sexual atendida su inmadurez o imposibilidad de comprensión de las implicancias del mismo.

Cabe destacar que el delito de violación descrito en el artículo 361, tal como señala el profesor Mario Garrido Montt, “es una figura de *“tipicidad reforzada”* o de *“hipótesis múltiple”*, siendo irrelevante para su consumación el determinar cuál de las modalidades ocurre o si concurren dos o más a la vez⁴⁴. El problema de que se presenten múltiples circunstancias radica en que surge la necesidad de analizar la posibilidad de considerar una sola de ellas para la configuración del tipo, y si las demás deben ser consideradas o no como otro delito o como circunstancias agravantes.

En este sentido Mario Garrido Montt que señala que “el hecho de que en la tipificación del delito se considere irrelevante la concurrencia alternativa de cualquiera de dichas circunstancias no es en caso alguno antojadizo. Como se ha señalado, cada una de ellas importa la ausencia de voluntad de la víctima, esa circunstancia es el elemento común que justifica su consideración. Si la violación se realiza con alguna de esas modalidades, se puede concluir que el victimario obró sin consentimiento de la víctima; si concurre alguna circunstancia adicional, la misma no agrega ningún otro fundamento a la punibilidad del hecho, porque su presupuesto es reiterativo de aquel que justifica la primera causal de calificación”.⁴⁵

⁴⁴ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 279.

⁴⁵ Idem.

Asimismo, el referido autor considera relevante destacar que el delito de violación previsto en el artículo 362, cuando la víctima es un menor de 14 años, también es de hipótesis múltiple y en consecuencia, permite asumir en su desvalor delictivo las modalidades descritas en el artículo 361, haciéndole aplicable todo lo analizado en relación a la existencia de concurrencia múltiple de circunstancias constitutivas del tipo.

3.3.1. Violación usando Fuerza o Intimidación

3.3.1.1. Violación mediante fuerza en el Derecho Chileno

Esta modalidad de violación es una de aquellas que la doctrina nacional denomina “violación propia”, ya que contempla el ejercicio directo de la fuerza sobre la víctima con el objetivo de vencer su resistencia, por ello es considerada *la forma más propia de ejecución ilícita del acceso carnal punible*.⁴⁶

La Fuerza o vis absoluta es aquella acción violenta ejercida físicamente sobre el cuerpo de la víctima, realizada por el hechor o un tercero, destinada a vencer su oposición al acto sexual.

Para configurar el delito de violación propia el agente debe emplear fuerza física, la que debe presentar un carácter específico, es decir, tener por objeto lograr la copula sexual, y ser eficaz e idónea para superar la resistencia de la víctima, o sea, debe ser una fuerza física irresistible, lo que se determinará considerando las circunstancias particulares del sujeto pasivo. Cabe aclarar que siempre será necesario el empleo de algún grado de fuerza para que se configure el delito, ya que en el caso de que la víctima no pueda resistirse operará el numeral 2 del artículo 361, esto es, cuando se aprovecha de la incapacidad para oponer resistencia.

En este sentido, Alfredo Etcheverry plantea que “no es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada, y que hayan sido vencidos todos los

⁴⁶ GARRIDO M, Mario. Op. Cit. p. 281

esfuerzos. La ley no exige tanto; en consecuencia bastará que la resistencia sea verdadera y que se hayan empleado medios suficientes capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, en tal caso la violación resultará justificada⁴⁷

El citado autor señala que no existe fuerza cuando los actos no tienen por finalidad la copula misma sino que buscan excitar a la supuesta víctima para que ésta se entregue por impulso propio, lo que configuraría un abuso sexual y tampoco cuando se emplee violencia contra la víctima o terceras personas para atemorizar a la víctima por corresponder actos de intimidación del artículo 361 N°1, segunda parte. En sentido inverso, Etcheberry considera que siempre habrá violación cuando el autor utilice fuerza para conseguir la realización del acto sexual, aún cuando la víctima hubiera excitado a éste con requerimientos, insinuaciones o concesiones libidinosas, sin que se le haya permitido el acceso carnal completo. Para algunos autores, en este caso procedería aplicar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11, numeral 5, del Código Penal, esta es, obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación.⁴⁸

Por su parte, los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez afirman que la persona que aplica la fuerza sobre la víctima para someterla puede ser el propio hechor, es decir, aquella persona que accede carnalmente, o un tercero en calidad de coautor del delito de violación, conforme al artículo 15 N°3 del Código Penal chileno. Agregan que ni el ejercicio de la fuerza ni la resistencia de la víctima debe ser continua ni prolongarse a lo largo de la violación, bastando que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria.⁴⁹

47 ETCHEBERRY O., Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. 3° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999. V 4. p. 59-60

48 ETCHEBERRY O., Alfredo, Cit., p.58.

49 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Op. Cit. , p. 252

En sentido contrario, Luis Rodríguez Collao considera errónea la posición doctrinaria que sostiene que la víctima debe resistirse a la fuerza ejercida en su contra para doblegar su oposición a la relación sexual, por cuanto habrá casos en que la acción del violador será tan violenta que la oposición será inútil e inoperante o en que la integridad física o la vida de la víctima se ponga en riesgo ante una actitud defensiva. También señala que el tipo del delito de violación “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”⁵⁰.

En consecuencia de lo anterior, este autor afirma que para la configuración del delito de violación no requiere que el sujeto pasivo realice actos concretos de resistencia o defensa, bastando la falta de adhesión voluntaria por parte de la víctima en la realización del acto sexual. Asimismo, sostiene que la fuerza no debe entenderse “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”⁵¹.

3.3.1.2. Violación mediante fuerza según el Derecho Comparado

3.3.1.2.1. Violación mediante fuerza según el Derecho Español

En el Código Penal español la fuerza o violencia es tratada en el artículo 180, numeral 1, que establece que las conductas descritas en el artículo 179 (delito de violación) serán castigadas con penas más gravosas, cuando concurrieren, entre otras circunstancias, “Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. La reforma de la Ley Orgánica de 10/1995,

⁵⁰ RODRIGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 149.

⁵¹ Ibidem, p. 150.

sustituyó la voz “fuerza” por la de “violencia”, por ser más significativa y sistemáticamente correcta⁵².

Para la mayoría de la doctrina española, la fuerza o violencia utilizada en el delito de violación debe ser eficaz para obligar a otra persona a participar de una relación sexual no consentida, tener una relación causal con el acceso carnal, ser proyectada sobre el cuerpo de la víctima y ser resistida por la víctima. Este último requisito es de gran importancia por cuanto la resistencia implicaría la exteriorización de la voluntad de no participar en una relación sexual con el agresor.

Respecto de la fuerza o violencia, Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto consideran que para hacer calificar el acceso carnal como violación ésta debe reunir ciertas características, ser eficaz para doblegar la voluntad de la víctima, no siendo irresistible ni absoluta, debe utilizarse para contrariar la voluntad de la víctima, ser la causa necesaria del acceso carnal y proyectarse sobre el sujeto pasivo⁵³.

En cuanto a la resistencia del sujeto pasivo, Joan Queralt señala que la resistencia debe ser razonable a la fuerza desplegada por el hechor, pudiendo no ofrecerse atendida la intempestividad o violencia de la actitud del agresor.⁵⁴

El autor Enrique Orts Berenguer manifiesta que lo relevante respecto del uso de la fuerza en el delito de violación es que deje claras dos cosas ante la víctima, primero, su intención de tener acceso carnal con ella y, en segundo lugar, su decisión de hacer realidad el acto sexual a toda costa. En cuanto a la resistencia del sujeto activo es la actitud inequívocamente contraria a los deseos del atacante, sin que sea necesaria que se refleje una refriega encorajinada⁵⁵.

⁵² QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 111.

⁵³ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Op Cit. p. 210

⁵⁴ QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 120.

⁵⁵ ORTS B., Enrique, Op. Cit. p. 80.

Este autor agrega que es necesaria la existencia de una inmediatez temporal entre el ejercicio de la violencia y el acceso carnal, es decir, que estén conectadas en el tiempo. Si bien el delito se asienta sobre la confluencia de la violencia y acción sexual, eso no significa que la violencia deba ser ejercitada por el propio hechor que materializa el contacto sexual, pudiendo también aprovecharse de la violencia ejercida por un tercero.

3.3.1.2.2. Violación mediante fuerza según el Derecho Argentino

El Artículo 119 del Código Penal argentino dispone que “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

El autor Carlos Creus señala que la fuerza, en el delito de violación, constituye violencia física la que puede ser ejercida directamente sobre la víctima o sobre determinadas cosas o terceros. Respecto de las cosas, éstas deben impedir el acceso carnal mismo pero no obstaculizar que el agresor llegue a la víctima, como lo haría una puerta. En cuanto a los terceros, manifiesta que la fuerza debe ser ejercida sobre terceros que se opongan o puedan oponerse al hechor⁵⁶.

Indica el autor, que la fuerza debe ser ejercida para vencer la resistencia de la víctima al acceso carnal o para impedir que se resista, requiriéndose para la configuración del tipo que el sujeto pasivo se resista o que tenga la posibilidad de hacerlo. Agrega que la resistencia debe ser seria y constante, y ser mantenida hasta las últimas posibilidades⁵⁷.

⁵⁶ CREUS, Carlos. Op. Cit. p. 174

⁵⁷ Ibidem. p. 175

Por su parte, Edgardo Donna afirma que la violencia debe ser física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia seria, persistente, real, efectiva y consiente de la víctima, de modo que sea la causa inmediata y directa del acceso carnal. La resistencia debe ser opuesta materialmente a la acción del agresor⁵⁸.

De lo dicho anteriormente, se puede extraer que para estar frente a un delito de violación es necesario que la víctima se resista a las intenciones del violador, poniendo de manifiesto su negativa a llevar a cabo el acto sexual, en consecuencia, el agresor debe usar la fuerza sobre la persona de la víctima con la finalidad de vencer la resistencia opuesta y lograr el acceso carnal.

3.3.1.3. Violación mediante intimidación según el Derecho Chileno

La intimidación o vis compulsiva es considerada, en este trabajo, como la violencia psicológica ejercida por el agente con la finalidad de doblegar la voluntad de la víctima y obligarla a participar en una relación sexual no consentida.

Esta modalidad ha sido definida por distintos autores nacionales. Es así que los autores Politoff, Matus y Ramírez afirman que la intimidación “es la violencia moral o amenaza de una mal grave con que se logra el acceso carnal contra la voluntad del sujeto activo”⁵⁹.

Alfredo Etcheberry señala que “el mal en que consiste la intimidación debe significar causar un inminente daño físico en el cuerpo, en la vida o en la salud de la propia persona afectada, o de otra persona con la cual se encuentre ligada por vínculos afectivos, que sean de tal naturaleza que hacen posible su intimidación”.⁶⁰

⁵⁸ DONNA, Edgardo. Op. Cit. p 74

⁵⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Op. Cit. p. 253

⁶⁰ Etcheberry, citado por POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit. p. 253.

Mario Garrido Montt, basado en la idea de intimidación de Quintano Ripollés, sostiene que “la intimidación consiste en la presión psicológica de obra o de palabra que se ejerce requerimientos sobre la víctima mediante la amenaza de verse expuesta a sufrir un mal próximo, sea que éste recaiga en ella misma o en una persona distinta de relevancia para ella”⁶¹. Y agrega que dicha amenaza debe ser inmediata a la comisión del atentado y que, al igual que la fuerza, debe revestir caracteres de gravedad objetiva y ello implica que, es suficiente con que la conducta sea injusta y antijurídica.

Por su parte, Luis Rodríguez Collao la define 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 del agresor”.⁶² También precisa intimidación y amenaza no son sinónimos, el primero dice relación con el estado de conmoción psicológica que afecta a la víctima, y el segundo al comportamiento del agresor.

Este autor indica que existe consenso en la doctrina respecto de las características o *rasgos distintivos* de la intimidación, si ésta consiste en amenazas puede concretarse en palabras o acciones, debe existir inmediatez entre la intimidación y el acceso carnal, ser serio y grave, ser injusto e ilegítimo, puede ser ejercida sobre la víctima o terceros, y debe existir una relación de causalidad entre la intimidación o amenaza y la copula sexual no consentida.⁶³

Cabe precisar alguno de los rasgos antes indicados para la configuración de la esta modalidad del delito de violación ya que la falta de concurrencia de alguno de ellos implicaría el no cumplimiento del tipo. Así, de acuerdo a Politoff, Matus y Ramírez, la inmediatez de la amenaza dice relación con que el mal vaya a ocurrir en el mismo

61 GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 283

62 RODRIGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 150

63 Ibidem, p.151

momento de la agresión sexual y sea dirigido sobre la víctima o terceros presentes en el lugar.

La seriedad implica la intención real del agresor de ejecutar el mal amenazado. El temor reverencial, el que experimente la víctima sin que le haya sido expresado, la sola petición verbal sin manifestación del mal a que se expone la persona solicitada y la amenaza de un mal irrealizable, no constituyen intimidación.

La gravedad se refiere a la clase de intensidad del mal con que se amenaza, solo una intimidación grave puede ser considerada en la violación.

Finalmente, la intimidación será verosímil cuando cualquier persona, puesta en la misma situación de la víctima, pueda creer cierta la realización de la amenaza si no accediere a la relación sexual, de acuerdo a las condiciones objetivas del sujeto pasivo, pues en virtud de ellas se sabrá si el mal podía o no vencer la resistencia de la víctima.

Cabe recordar que la fuerza que se ejerce sobre las cosas que sirven de protección al sujeto pasivo del delito de violación es considerada por la doctrina como intimidación, el ejemplo más representativo es cuando el agresor derriba la puerta de la habitación donde se encuentra la víctima.

3.3.1.4. Violación mediante intimidación en el Derecho Comparado.

3.3.1.4.1. Según la legislación española.

El Tribunal Supremo ha definido la intimidación como “constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; además, ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer

la resistencia del sujeto pasivo sin que precise ser absoluta ni irresistible, pues se mide por su eficacia, no por su cantidad, y ha de estar causalmente unida al acceso carnal”.⁶⁴

Para Joan Queralt la intimidación “es la invocación de un mal sobre un sujeto a fin de que éste lleve a cabo la actuación que el intimidador quiere y que, en principio, no quiere la víctima”⁶⁵, entendiendo a la intimidación sinónima de amenaza. Agrega que lo importante en esta modalidad es delimitar el concepto de mal, excluyendo todos aquellos que no son presentes e inmediatos, relevantes y merecedores de la pena.

El autor Enrique Orts hace un resumen de los requisitos de este medio comisivo, señalando, en primer lugar, que la víctima esté intimidada, agrega que la amenaza sea grave, seria, inmediata, de un mal injusto y efectuada por el sujeto activo, que el sujeto pasivo sea consciente que la amenaza es real, grave, seria y que no tiene como escapar salvo aceptar el acceso, que la víctima sienta la amenaza, que el agresor le conste la intimidación y la use para lograr el objetivo y que el temor sea racional y fundado⁶⁶, éste último es un requisito jurisprudencial.

Cabe añadir que la violencia y la intimidación se pueden dar en forma conjunta, no siendo raro que el agresor emplee la violencia y, al mismo tiempo, amenace con emplear más, o con causar más dolor a la víctima si ésta se resiste. El hecho que se den juntas no implica un agravante, concurra una o las dos modalidades a la vez, la calificación será la misma.

3.3.1.4.2. Según el Derecho Argentino

Carlos Creus considera que la intimidación está constituida por el anuncio de un mal que puede sufrir la víctima o un tercero, éste puede llevarse a cabo mediante la

⁶⁴ ORTS B., Enrique, Op. Cit. p. 89

⁶⁵ QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 120

⁶⁶ ORTS B., Enrique, Op. Cit. p. 97

descripción específica del mal o por actividades que lo impliquen. La intimidación no se configura en los casos de aprovechamiento de situaciones de dependencia ni del temor proveniente de la dependencia del sujeto pasivo respecto del agresor, lo que sólo se traduciría en la concurrencia de agravantes.

Para Edgardo Donna las amenazas son actos de violencia moral que deben producir un temor tal en la víctima, que la obligue a soportar o ejecutar el acceso carnal en contra de su voluntad, por referirse a un mal grave e inminente.⁶⁷

Fontan Balestra señala que “en la legislación argentina se sostiene que no se puede establecer un parámetro general para tener un acto carnal como no consentido, por esto en este ordenamiento se atiende más que a la amenaza ejecutada al efecto psicológico que ésta causó en el sujeto pasivo, por lo tanto se deberá atender a cada caso en particular”.⁶⁸

3.3.2. Violación con Privación de Sentido.

3.3.2.1. En el Derecho Nacional

El artículo 361 inciso segundo N°2 expresa lo siguiente *“cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia”*.

Esta modalidad de comisión del delito de violación hace referencia a una ausencia en la víctima de la conciencia para percibir la realidad encontrándose el sujeto pasivo, en consecuencia, ante la imposibilidad de consentir válidamente. Si bien, esta falta debe ser lo suficientemente intensa para privar a la víctima de sus facultades volitivas y cognoscitivas, no es necesario llegar al extremo de ser una privación total,

⁶⁷ DONNA. Edgardo, Op. Cit. p. 74

⁶⁸ FONTAN B., Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, p. 232-233

pues de todas maneras existirá en el sujeto pasivo una percepción desvirtuada de la realidad, configurando por tanto la conducta descrita en el tipo en análisis.

La privación de sentido se refiere a una ausencia de conciencia temporal, lo que impide que la víctima manifieste su aquiescencia. Ésta se puede producir por causas ajenas a la voluntad de la víctima, como enfermedades, golpes, sonambulismo, hipnosis, desmayos, etc., o por causas dependientes de la voluntad de la víctima, drogas, alcohol, etc. En definitiva se refiere a una perturbación de las facultades volitivas y cognoscitivas del sujeto pasivo, excluyéndose causas patológicas.

La privación de sentido para Politoff, Matus y Ramírez, consiste en un “estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo”.⁶⁹ Señalan que esta modalidad protege el bien jurídico indemnidad sexual debido a que en el estado de privación de sentido la víctima no puede consentir, presuponiéndose la falta de consentimiento. Añade, también, que el origen de la privación de sentido puede deberse a causas dependientes o no de la voluntad de la víctima.

El autor Luis Rodríguez Collao estima que la privación de sentido corresponde a “una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto activo, que no obedezca a causa de orden patológico”⁷⁰ Precisa que la falta de conciencia debe ser de tal intensidad como para quitarle a la víctima el uso pleno de sus facultades volitivas, no siendo necesario la pérdida total de sentido para la configuración de la modalidad.

También reconoce que las causas de esta privación pueden ser accidentales o voluntarias, exceptuando el hecho que la víctima esté dormida y el consumo de sustancias afrodisiacas. Agrega que para determinar las causas de privación de sentido deben atenderse al efecto que éstas provocan en las facultades volitivas y

⁶⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 258

⁷⁰ RODRIGUEZ C. Luis, Op. Cit. p 153

cognitivas de la víctima en concreto, siendo necesario ponderar las condiciones personales de la víctima, pues un mismo factor tendrá distintos efectos en una u otra persona, atendiendo su capacidad de resistencia o tolerancia frente a un estímulo determinado.⁷¹

3.3.2.2. Privación de sentido según el Derecho Comparado

3.3.2.2.1. Según el Derecho Español

Para el Tribunal Supremo español una persona se encuentra privada de sentido cuando está desmayada, hipnotizada, anestesiada, narcotizada, bajo los efectos de estupefacientes o embriagada, todos estos casos implican que la víctima esté con pérdida temporal de la conciencia, pero también incluye los casos en que la pérdida de conciencia no es total, sino que afecta la capacidad de reacción del sujeto pasivo de manera apreciable e intensa, dejándolo desamparado a los requerimientos sexuales del hechor⁷².

Considerando lo resuelto por el citado tribunal, Enrique Orts considera que “está privada de sentido la persona que en un momento dado o de manera permanente carece de conciencia, total o casi totalmente, por la causa que fuere, incluso habiéndolo provocado ella misma (persona que se embriaga o se droga o toma un somnífero), aunque no para propiciar el acceso carnal”⁷³.

Agrega que en esta modalidad en particular no es necesario que el agente haya llevado a la víctima al estado de inconsciencia, sino que sólo basta el aprovechamiento de la situación, precisando que el asentimiento posterior al acceso carnal por parte de la víctima no implica que el delito no se hubiere cometido por cuanto dadas las circunstancias aquel no debió ocurrir.

⁷¹ Idem.

⁷² ORTS B., Enrique, Op. Cit. p. 98-99.

⁷³ Idem

Por otro lado, Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto entienden por persona privada de sentido a la inconsciente por embriaguez, narcóticos, desmayos, entre otros, pero estiman que la inconsciencia aceptada por la víctima vuelve impune el acceso carnal ocurrido durante ese estado, ya que es necesario para la configuración del tipo la voluntad contraria de la víctima y no sólo la inexistencia de ella.⁷⁴

3.3.2.2.2. Según el Derecho Argentino

El caso de la víctima privada de sentido supone estados transitorios en los cuales ésta no posee la percepción necesaria para poder manifestar voluntad respecto del acto sexual que el agresor está llevando a cabo con ella. Son indiferentes las razones de la privación de sentido, pudiendo emanar de causas dependientes o independientes de la voluntad de la víctima.

La ley penal argentina tiene presente que la persona privada de sentido carece de la capacidad para comprender el sentido del acto sexual en el que está siendo involucrada, pero entiende que esta incapacidad es momentánea y excepcional, y que con sus facultades mentales normalizadas puede comprender y expresar válidamente su voluntad⁷⁵.

El autor Carlos Creus señala que el estado de inconsciencia puede ser total o ser una forma de gran perturbación de conciencia. También afirma que puede originarse de un estado fisiológico no provocado, como sueño, desmayos, entre otros, o provocado por la propia víctima o por terceros por un medio que no implique violencia u otros similares. Finalmente, dice que lo determinante es el aprovechamiento del agente de la inconsciencia, sin importar si la provocó o la encontró creada⁷⁶.

⁷⁴ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Op Cit. p. 210

⁷⁵ CREUS, Carlos, Op. Cit. p. 172.

⁷⁶ Ibidem, p. 172- 173

Edgardo Donna señala que esta modalidad busca proteger la falta de comprensión de la víctima, suponiendo que ésta se opondría al acceso carnal si pudiera comprender la naturaleza de los hechos. También reitera la idea que el agresor debe aprovecharse de la inconsciencia del sujeto pasivo para configurar el delito de violación⁷⁷.

3.3.3. Violación con aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia.

3.3.3.1. En el Derecho Nacional

La incapacidad de resistir está relacionada con una resistencia física, la que no puede producirse por un impedimento de carácter personal de la víctima, no obstante su voluntad de excluirse del acto sexual.

Para la configuración del tipo, el agente debe abusar del impedimento físico que sufre la víctima para lograr el acceso, el que debe producirse siempre sin el consentimiento de aquella.

Politoff, Matus y Ramírez sostienen que lo decisivo en esta modalidad “es la oposición de la voluntad de la persona a que se accede carnalmente, aunque no se despliegue más fuerza que la necesaria para la realización del acto sexual”.⁷⁸

Luis Rodríguez Collao resalta que esta modalidad está centrada en la incapacidad física de la víctima de oponerse y no en la *aptitud psíquica para consentir*. Asimismo, afirma que la imposibilidad de resistirse no se relaciona con el mundo circundante o el escenario donde el hecho lleve a cabo la agresión⁷⁹.

⁷⁷ DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 75

⁷⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 259

⁷⁹ RODRIGUEZ C. Luis, Op. Cit. p. 155

Por su parte, Mario Garrido Montt indica que “la incapacidad de resistencia puede tener cualquier causa y ser de cualquier naturaleza, su característica es que derive de una situación personal -natural o creada- que afecte al individuo, dejándolo en la imposibilidad de expresar o manifestar su oposición al acceso carnal, pueden ser causas síquicas o físicas”⁸⁰.

3.3.3.2. Abuso de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia según el Derecho Comparado

3.3.3.2.1. Según el Derecho Español

En la legislación española esta modalidad no existe como tal, por lo que en este trabajo se la ha asimilado a una figura cualificada de agresión sexual, específicamente, a la establecida en el numeral 3 del artículo 180 del Código Penal, que dispone “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”. Esta cualificación es aplicable tanto al tipo básico del artículo 178, como al tipo cualificado del artículo 179, ambos del Código Penal español, y provocará el aumento de las penas originalmente asignadas a los delitos contenidos en los artículos ya citados.

La referida asimilación se basa en la finalidad de esta cualificación, que consiste en proteger “la inferioridad en que se encuentra la víctima respecto del autor o autores de la agresión sexual”, tal como señala el autor Francisco Muñoz Conde⁸¹.

Joan Queralt manifiesta que ésta cualificación dice relación con una víctima vulnerable y que el legislador ha tenido en cuenta la situación especial en que ella

⁸⁰ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p 286

⁸¹ MUÑOZ C. Francisco, Op. Cit., p. 221

pueda hallarse y que pueda favorecer la comisión de la agresión sexual, aun cuando no haya sido creada por el agresor⁸².

3.3.3.2.2. Según el Derecho Argentino

El autor Carlos Creus manifiesta que la incapacidad de oponer resistencia ocurre cuando el sujeto pasivo no puede oponerse materialmente al acceso carnal cometido por el agente, por cualquier causa.

Para que concurra esta modalidad es necesario que la víctima pueda comprender el significado del acto sexual, esto es, que no esté privada de sentido ni de razón, y que se encuentre imposibilitada de llevar a cabo movimientos de resistencia, ya sea porque su propia condición física se lo impide o por condiciones materiales determinadas.

Al igual que en los casos de privación de sentido o razón, es necesario que el agente se aproveche de la situación para que se configure el tipo de la violación, pero sin implicar uso de violencia alguno, porque si no se aplicaría la modalidad de fuerza.

3.3.4. Violación con abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

3.3.4.1. En el Derecho Nacional

Esta modalidad de comisión del delito de violación se encuentra consagrado en el último numeral del artículo 361, el cual dispone: *“Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”*.

Cabe precisar, en primer lugar, que esta modalidad no es homologable con la imputabilidad por falta de salud mental establecida en el numeral 1 del artículo 10 del

⁸² QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 123

Código Penal chileno, por cuanto ésta última requiere que la persona no pueda distinguir entre lo que es justo y lo que es injusto, estando imposibilitado de guiarse de acuerdo a las normas legales vigentes, en cambio esta modalidad sólo requiere que la víctima no entienda el significado de los actos sexuales y, por tanto, no pueda consentir en participar.

En este sentido, el profesor Mario Garrido Montt manifiesta que “la inimputabilidad por falta de salud mental- a la cual se refieren las causales del artículo 10 N°1- se funda en el hecho de que el individuo ha actuado bajo condiciones que no le permiten comprender lo justo o lo injusto de su actuar, privándole así de la posibilidad de autodeterminarse conforme a las prescripciones del ordenamiento jurídico”. Agrega que este criterio no es aplicable al delito de violación, pues la modalidad se refiere a la falta de capacidad para ejercer la libertad sexual, siendo ésta la única exigencia posible.⁸³

Respecto de la enajenación o trastorno mental, es necesario que éstos cumplan ciertos requisitos para que se configure el tipo. En primer lugar, que el agente se aproveche de la patología psíquica para lograr el acceso carnal.

En este sentido, Luis Rodríguez Collao afirma que el tipo exige, para que se configure esta modalidad, que el agente abuse de la alteración psíquica de la víctima para lograr el acceso, que se aproveche de cualquier alteración grave de las facultades cognitivas o volitivas de la víctima, debida exclusivamente a razones patológicas⁸⁴.

Asimismo, los autores Politoff, Matus y Ramírez señalan que habrá violación cuando el hechor actúa aprovechándose del estado mental de la víctima para obtener su consentimiento en el acceso carnal, siendo necesario que el autor esté en conocimiento de la patología sufrida por aquella⁸⁵.

⁸³ GARRIDO M. Mario, Op. Cit. p. 288.

⁸⁴ RODRIGUEZ C. Luis. Op. Cit. p.155

⁸⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 259

En segundo lugar, es necesario que la perturbación mental sea de tal intensidad que no permita al sujeto pasivo tener consciencia de que es o ha sido víctima de una agresión sexual⁸⁶, o que lo prive de la capacidad de comprender el sentido y alcance de los actos de significación sexual, de manera que no puedan consentirlo ni rechazarlo.⁸⁷

Los autores consideran aptas para configurar el estado de enajenación o trastorno mental exigido por la norma, anomalías como las psicosis, las oligofrenias, las paranoias, las esquizofrenias, la epilepsia, las psicopatías y algunos supuestos de neurosis y depresiones profundas⁸⁸.

3.3.4.2. En el Derecho Comparado

3.3.4.2.1. Según el Derecho Español

Al igual como se dijo al analizar la incapacidad para oponer resistencia, esta modalidad es tratada como la figura cualificada de agresión sexual, establecida en el numeral 3 del artículo 180 del Código Penal.

Para Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto un enajenado es aquella persona que padece alguna anomalía psíquico-biológica referidas por la doctrina y la jurisprudencia españolas, pudiendo ser esquizofrenias, paranoias, psicosis, maníaco depresivas, epilepsias, oligofrenias, psicopatías, neurosis, siempre que en virtud de éstas la víctima no pueda comprender su comportamiento y, en consecuencia, esté impedido de hacer uso de su libertad sexual⁸⁹.

⁸⁶ RODRIGEZ C. Luis, Op. Cit. p. 156

⁸⁷ GARRIDO M. Mario, Op. Cit. p. 288

⁸⁸ RODRIGUEZ p. 157

⁸⁹ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Op Cit. p. 212

Consideran estos autores que esta modalidad tiene un aspecto objetivo, la enajenación misma que debe ser probada mediante el respectivo diagnóstico por los informes de peritos, y uno subjetivo, referido al abuso que hace el agresor de la enajenación para lograr el acceso carnal, el que también deberá ser probado⁹⁰.

Por su parte, Enrique Orts sostiene que la enajenación supone que la persona padece de una enfermedad mental grave que la hace inhábil para proceder responsablemente en el ámbito sexual. Y agrega el requisito del abuso del sujeto activo para configurar la agresión sexual, el cual estaría compuesto del conocimiento de la enfermedad o estado psicológico de la víctima por parte del hechor y, por un lado, del mal uso o aprovechamiento de la enajenación para cumplir sus intereses y lograr el acceso carnal⁹¹.

3.3.4.2.2. Según el Derecho Argentino

Esta modalidad del delito de violación es sinónima con la condición de los sujetos penalmente inimputables, los que están imposibilitados de formular “un juicio práctico sobre el acto”, siendo necesario probar la condición de privado de razón de la víctima para configurar el delito⁹².

Carlos Creus afirma que la carencia de razón debe influir en el consentimiento, debiendo el trastorno mental padecido por el sujeto pasivo tener la capacidad de afectar el juicio respecto del acto sexual, de manera que pueda ser considerada típicamente relevante⁹³.

Fontan Balestra señala que “debemos tener claro que no se configurará violación cada vez que una persona privada de razón realiza un acto sexual, sino que será

⁹⁰ Ibidem. p. 214

⁹¹ ORTS B. Enrique, Op. Cit. p. 103 y 114

⁹² CREUS, Carlos, Op. Cit. p. 172

⁹³ Idem

necesario que ella le incapacite para comprender el acto que ejecuta. Por lo tanto, se deberá atender al efecto que produce la anomalía en la persona, en el sentido de que si esta afecta o no la capacidad de comprensión, y con ello la voluntad de la víctima. En efecto cada vez que estemos frente a una persona, en que su anomalía le produzca este efecto carecerá de validez jurídica su consentimiento, configurándose violación, sin perjuicio del rol que pueda tener el error como excluyente del dolo”.⁹⁴

Edgardo Donna reitera lo señalado anteriormente respecto de la persona privada de sentido, es decir, que lo que se protege es la falta de comprensión de la víctima del acto sexual, pero en el caso particular ésta incapacidad es permanente, y que el autor debe aprovecharse de la situación.

3.3.5. Violación a un menor de 14 años.

3.3.5.1. En el Derecho Nacional

Esta modalidad del delito de violación se encuentra regulado en forma independiente a las demás, en el artículo 362 del Código Penal, que señala “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”

En este caso en particular, la ley presume que el sujeto activo ha abusado de la víctima, independientemente si ella está o no de acuerdo con participar en una relación sexual con dicho agente, en consecuencia, siempre se configurará el delito de violación cuando exista acceso carnal. Es por ello que no es necesario que se den las circunstancias del artículo 361, ya que, concurren o no siempre se aplicará la pena que establece el artículo 362.

94 FONTAN B., Carlos, Op. Cit., p. 233- 234

La minoría de 14 años de edad de la víctima, como modalidad del delito de violación, encuentra su fundamento en que la ley presume la ausencia de capacidad de la víctima para comprender el significado de un acto sexual y decidir participar en él y, además, porque busca proteger su desarrollo sano y normal en el ámbito sexual, de manera de asegurar su futura libertad de autodeterminación sexual.

Cabe tener presente que el hecho de tener la víctima menos de 14 años de edad, no sólo es un elemento diferenciador de la norma, sino que también, opera como calificante del delito, por cuanto el legislador lo sanciona con mayor gravedad que las demás modalidades; “(...) será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados(...)”.

Al respecto, Mario Garrido Montt sostiene que quien no haya cumplido 14 años “no podrá manifestar su sexualidad en forma legítima, aun cuando efectivamente cuente con la madurez mental y la capacidad real de comprender su sentido y alcance”⁹⁵. Agrega que es irrelevante, tanto el consentimiento del menor en participar de un acto sexual como el hecho que concurra alguna de las demás modalidades del delito.

En el mismo sentido, los autores Politoff, Matus y Ramírez señalan para que se configure la violación en esta modalidad basta que se dé objetivamente la circunstancia de la edad de la víctima, y que esta circunstancia sea conocida del autor, a nivel de culpabilidad.⁹⁶

3.3.5.2. En el Derecho Comparado

3.3.5.2.1. Según el Derecho Español

⁹⁵ GARRIDO M., Mario. Op. Cit. p. 289

⁹⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 264

En el Derecho Penal español esta modalidad del delito de violación fija la minoría de edad en 12 años, a diferencia del caso chileno en que se estableció a los 14 años de edad. No obstante esta diferencia, ambos tipos son tajantes en condenar al sujeto activo que tuviere relaciones sexuales con la víctima que cumpla con la minoría de edad respectiva, sin importar si aquella quería o no participar en el acto sexual o si entendía lo que él significaba.

Como los autores Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto indican, este supuesto de agresión sexual es una “violación presunta”, corresponde a “una presunción *iuris et de iure* porque el legislador supone, sin posibilidad de prueba en contrario, que la persona menor de esa edad es incapaz de autodeterminación en el ámbito sexual.”⁹⁷

3.3.5.2.2. Según el Derecho Argentino

El artículo 119, inciso primero, se establece que “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años...” Es, así que en el caso del Derecho penal argentino, la edad que determina la configuración del delito de abuso sexual con acceso carnal (violación) es la de 13 años.

Según el autor Edgardo Donna, por medio de este tipo penal se protege “el candor, la inocencia o la ineptitud por falta de madurez mental para entender el sentido en sí del acto”, razón por la cual el consentimiento es inoperante, ya que aun existiendo consentimiento se tipifica el delito igualmente⁹⁸.

En el mismo sentido, Carlos Creus indica que el legislador trasandino considera incapacitado al menor de edad para comprender el sentido del acceso carnal, por lo que no puede dar su consentimiento para participar en él. Este autor hace presente

⁹⁷ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Op Cit. p. 216

⁹⁸ DONA, Edgardo, Op. Cit., p. 74.

que esta incapacidad es presunta iuris et de iure, siendo suficiente para acreditar la tipicidad la prueba de la edad real del sujeto pasivo⁹⁹.

3.4. SUJETOS DEL DELITO DE VIOLACION

3.4.1. Sujeto Activo.

3.4.1.1. Derecho Nacional

Antes de las reformas introducidas por las leyes N° 19.617 y N° 19.927, no existían dudas respecto de que el hombre era el único sujeto activo posible para el delito de violación, por cuanto el verbo rector “yacer” consideraba expresamente como sujeto pasivo a la mujer¹⁰⁰.

Atendido el nuevo verbo rector del delito de violación establecido por las leyes citadas, aparecen dos posturas doctrinarias, una que estima que sólo el hombre puede ser autor de una violación y, otra, que considera que tanto un hombre como una mujer pueden serlo.

La posición doctrinaria mayoritaria es aquella que postula al hombre como único sujeto activo de tipo, atendido que sólo él puede acceder carnalmente a la víctima, esto es, penetrarla con el miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

Los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez son representantes de esta postura, ellos afirman que el sujeto activo sólo puede ser un hombre, ya que es necesario el “acceso carnal”. En el caso de los atentados sexuales

⁹⁹ CREUS, Carlos. Op. Cit. p. 172.

¹⁰⁰ CARRASCO J., Edison, Op. Cit. p. 141

realizados por mujeres, consideran que deben calificarse como abusos sexuales de los artículos 365 bis y 366 ss.¹⁰¹

En el mismo sentido, Luis Rodríguez Collao manifiesta que el texto restrictivo del artículo 361, inciso segundo del Código Penal chileno, excluye a la mujer como sujeto activo del ilícito, pudiendo ser únicamente el varón ya que la formula verbal acceder carnalmente es un *comportamiento del que sólo es capaz una persona de sexo masculino*. Agrega que más que exigir que el autor sea una persona genitalmente madura, es necesario que tenga la aptitud física y mental y sea una persona imputable dotada de la madurez fisiológica para la realización de la cúpula.¹⁰²

Por su parte, la postura que estima que es indiferente el sexo del sujeto activo es minoritaria en la doctrina nacional. Ésta postula que no sólo el hombre puede llevar a cabo la acción típica, sino que se pueden *incluir las conductas sexuales que involucrando penetración consideran a la mujer como agente*, lo que ha sido denominado como “violación inversa”.¹⁰³

En opinión de Mario Garrido Montt, el delito de violación puede ser cometido, como sujeto activo, por un hombre o una mujer, tal como consta de la clara voluntad del legislador expresada en la discusión de la Ley N° 19.617¹⁰⁴. Funda su posición en que estima que el término acceso carnal involucra los órganos destinados para el orgasmo, los que también posee la mujer por lo que podría ser perfectamente sujeto activo de una violación. Agrega que la eliminación del delito de sodomía y la incorporación del artículo 365, que establece “accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo”, extendería la situación al lesbianismo y permitiría que pueda acceder carnalmente una mujer¹⁰⁵.

¹⁰¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 250

¹⁰² RODRIGUEZ C. Luis, Op. Cit. p. 142- 145

¹⁰³ CARRASCO J., Edison, Op. Cit. p. 141

¹⁰⁴ GARRIDO M. Mario, Op. Cit. p. 277-278

¹⁰⁵ Mario Garrido Montt citado por CARRASCO J., Edison, Op. Cit. p. 141- 142

En la misma postura está Raúl Carnevali Rodríguez, quien afirma que la mujer puede ser igualmente sujeto activo del delito. Señala, en primer lugar, que la limitación del sujeto activo adolece de un excesivo “formalismo” en su interpretación gramatical, debiendo darse preeminencia a la finalidad de la norma. Después, indica que aceptar que únicamente el varón puede ser autor del tipo implica proteger de manera desigual el bien jurídico libertad sexual e indemnidad sexual o “libertad sexual futura”, como él le llama, respecto de los hombres, especialmente los menores de 14 años. Manifiesta que es irrelevante quien realiza activamente la penetración, siendo determinante que el pene se encuentre en alguna de las cavidades del tipo ya que lo que se castiga penalmente es “todo aquel comportamiento dirigido a la realización de la cópula, siendo irrelevante, por tanto, si el sujeto activo es quien accede o si es carnalmente accedido”¹⁰⁶.

Esta memoria adhiere a la postura minoritaria que estima que tanto hombres como mujeres pueden ser sujetos activos del delito de violación, por cuanto se estima que los bienes jurídicos que busca proteger este delito son de igual relevancia respecto de todos los posibles sujetos activos, sin que sea posible distinguir por razones de sexo de la víctima.

Asimismo, se reitera que, para efectos de esta memoria, si bien el verbo rector “acceder carnalmente” significa introducción del pene en la vagina, ano o boca de la víctima, esta introducción debe producirse contra de la voluntad de alguno de los participante de la relación sexual, sin que sea relevante que el sujeto pasivo sea el penetrado o sea aquel que penetra.

En este punto, cabe tener presente que en la historia de la Ley N°19.617, respecto del sentido de las nuevas disposiciones, se declaró tanto en el mensaje del Poder Ejecutivo como en las discusiones en la Cámara de Diputados, que lo perseguido al modificar los artículos 361 y siguientes era igualar, para esos efectos, a la mujer y al

¹⁰⁶ CARNEVALLI R. Raúl, Op. Cit. p 14- 18

varón, pudiendo uno u otro ser autor o víctima de los delitos sexuales establecidos en los citados artículos. A modo de ejemplo, es posible citar el Mensaje del Ejecutivo, cuando expone las modificaciones al Código Penal, en su literal a), diciendo que “En la nueva normativa se considera como sujeto activo o pasivo del delito de violación tanto el hombre como la mujer”. Asimismo, se expresó en la Primer Informe Constitución y en la discusión y votación particular del proyecto en la Cámara de Diputados.

3.4.1.2. Derecho Comparado

3.4.1.2.1. Según el Derecho Español

Antes de la reforma de la Ley Orgánica N° 3/1989, de 21 de junio de 1989, sólo podía ser sujeto activo de este delito el hombre, atendido que el tipo decía “Se comete violación yaciendo con una mujer...”.

No obstante el tenor del tipo penal, José Luis Díez Ripollés manifiesta su oposición a la exclusión de la mujer como autor del delito de violación realizada por el legislador español, por cuanto consideraba que era fácil pensar en “supuestos de consumación del yacimiento de una mujer con varón, dándose los restantes elementos típicos del delito de violación, si tal varón es menor de doce años..., o incluso en determinadas clases de intimidación...”. Agrega que no considerar a la mujer como posible autor del delito implica proteger menos la libertad sexual del hombre que la de la mujer, lo que violaría el principio constitucional de igualdad ante la Ley. Finalmente, afirma que tanto el argumento de que el yacer con una víctima femenina implica la lesión de la libertad sexual más el riesgo de embarazo, así como la de su escasa frecuencia son poco convincentes.¹⁰⁷

Después de la citada reforma, no existía tanta claridad respecto del sujeto activo. Al respecto, los autores Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto siguen sosteniendo que sólo el varón puede ser autor. Argumentan que este delito es un delito especial de

¹⁰⁷ DIEZ RIPOLLES, José Luis, Op. Cit. p 36- 40

propia mano, cuyo autor en sentido estricto sólo puede ser un varón, cabiendo la coautoría de la mujer ya que ésta podría realizar otras acciones que no requieren cualidades especiales, atendido que la violación es un delito compuesto por varios actos.

Sin embargo, reconocen que la mayoría de la doctrina sostiene que el sujeto activo “pueden serlo tanto el hombre como la mujer, sin más restricciones que la necesaria aptitud fisiológica para efectuar la acción típica”. En este sentido, cita la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, que indica que “tutelados como sujetos pasivos los varones y las hembras y siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquiera que sea aquel de quien parta la imposición del acceso carnal en las condiciones del artículo 429, lesionando con ello el bien jurídico de la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del correspondiente delito. En consecuencia, cuando quien imponga el acceso carnal sea una mujer, también ésta estará ejecutando la acción típica. Hay que romper con el estereotipo tradicional de que la mujer es la protagonista inactiva de la relación sexual, en la que toda iniciativa corresponde al varón, manteniendo también en esto la igualdad de sexos”¹⁰⁸.

Por su parte, Enrique Orts Berenguer señala que el sujeto activo es indiferenciado, pudiendo resultar típicos los actos sexuales entre hombre y mujer, hombre y hombre, y mujer y hombre, quedando los habidos entre mujeres sólo como agresiones sexuales. Manifiesta que el tipo penal no adjetiviza los sujetos ni menciona en forma alguna que el sujeto activo sea hombre, agregando que se castiga el tener acceso carnal con otra persona, “acoplarse sexualmente con ésta sirviéndose de una de las tres vías típicas, que es tanto como decir por realizar el coito, en sentido amplio”¹⁰⁹

Luego de las modificaciones de la Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, y la Ley Orgánica 11/1999, de fecha 30 de abril de 1999, el concepto del delito de

¹⁰⁸ BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Op Cit. p. 204- 205

¹⁰⁹ ORTS B. Enrique, Op. Cit. p. 61-64

violación no es el tradicional. En un principio consistía sólo en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, después se añadió la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

Respecto del delito de violación establecido en los artículos 179 y 180, el autor Joan Queralt el sujeto activo considera que el sujeto activo debe ser un varón maduro genitalmente. Añade que al ser un delito de propia mano es típicamente imposible el acceso en autoría mediata. No obstante, afirma que es posible la participación de terceros, ya sea induciendo o cooperando con el autor del acceso, y la coautoría si se produjere un reparto de papeles en la realización del ilícito¹¹⁰.

Finalmente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, introdujo al tipo penal la introducción de miembros corporales por vía vaginal y anal. Al respecto, Francisco Muñoz Conde señala que no hay duda de que hombres y mujeres pueden ser sujetos activos del delito de violación en la modalidad consistente en introducción de miembros corporales y objetos en las cavidades con connotación sexual.

En cuanto al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, considera que es discutible que sea cometido tanto por un hombre como por una mujer. Indica que la ambigüedad del verbo rector admitiría todas las combinaciones, hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer, no le parece que la mujer no puede ser autor de las conductas consistentes en una penetración, pudiendo responder como coautora si ejerciera violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal¹¹¹.

3.4.1.2.2. Según el Derecho Argentino

Para el Derecho argentino, que el sujeto activo del delito de violación sea solamente un hombre, da lugar a dudas y discrepancias, y es discutido por la doctrina que una persona de sexo femenino tenga esta calidad.

¹¹⁰ QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 110

¹¹¹ MUÑOZ C., Francisco, Cit. Op. p. 216- 217

Sebastián Soler sostiene que únicamente el hombre puede ser autor del delito de abuso sexual con acceso carnal o violación, Agrega que “una mujer puede cometer actos impúdicos como sujeto activo, pero esos actos serán ultrajes al pudor o serán corrupción...”¹¹²

Asimismo, Edgardo Donna indica que es necesario descifrar si el delito de violación puede ser conceptualizado como de propia mano, es decir, cuyo autor sólo puede ser quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí mismo la acción prohibida en el tipo. En ese sentido, afirma que mientras se utilice la voz “acceso carnal” en el tipo penal, el autor material sólo puede ser el hombre, por ser él quien posee el miembro viril. En el caso de la mujer, agrega, “el tema pasa por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla...”¹¹³

El autor Carlos Creus, dice que el autor material directo únicamente puede ser el hombre, aunque precisa que esta limitación no se extiende a los partícipes en los grados de coautoría participativa ni la complicidad ni la instigación, ya que pueden ser personas de ambos sexos.¹¹⁴

Cabe señalar que el autor recién citado reconoce que una parte de la doctrina argentina ha sostenido que tanto mujeres como hombres homosexuales pasivos pueden ser autores de delito de violación cuando la víctima fuese menor de 13 años de edad, posición que sostiene Fontan Balestra¹¹⁵.

Esta postura denominada como intermedia por Edgardo Donna, tiene otros representantes, como por ejemplo, el autor Ricardo Núñez, quien explica que si bien sólo el hombre puede ser autor del delito de violación, existe la posibilidad que una

¹¹² Sebastián Soler citado por DONNA, Edgardo. Op. Cit. p. 68

¹¹³ DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 67-68

¹¹⁴ CREUS, Carlos, Op. Cit, p. 176

¹¹⁵ CREUS, Carlos, Op. Cit. p 171

mujer pueda cometer la violación de un menor de 13 años, haciéndose acceder carnalmente por él mediante debidas excitaciones.¹¹⁶

Finalmente, Jorge Buompadre ha planteado que al cambiar la forma verbal utilizada en la descripción del nuevo tipo penal, que reemplazó el verbo “tuviera” por “hubiere” el legislador solucionó el problema del sujeto activo ya que se requiere “que en el abuso sexual hubiere acceso carnal, circunstancia de la cual puede inferirse que tanto el hombre como la mujer pueden ser autores del delito”¹¹⁷

3.4.2. Sujeto Pasivo

3.4.2.1. En el Derecho Nacional

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por un tipo penal. En el caso del delito de violación, será sujeto pasivo quién sea el titular de la libertad sexual o indemnidad sexual, sea que afecte a una persona mayor o menor de catorce años, respectivamente.

El sujeto pasivo del delito de violación del artículo 361 del Código Penal se encuentra establecido en el texto de la norma, que señala “(...) Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, (...)”. En consecuencia, la víctima debe siempre ser un hombre o una mujer mayor de 14 años de edad.

Respecto del delito de violación establecido en el artículo 362 del Código Penal chileno, el sujeto pasivo también se encuentra especificado en la descripción del tipo, siendo, en este caso, una persona menor de 14 años de edad, sin distinguir el sexo de aquella.

¹¹⁶ Ricardo Núñez citado por DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 67

¹¹⁷ Jorge Buompadre citado por DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 69

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt reconoce la distinción por edad del sujeto pasivo de acuerdo a las figuras tipificadas en el Código Penal, indicando que en ambos casos se exige una característica especial del sujeto pasivo: La edad que detente al momento de ejecutarse el hecho¹¹⁸.

Para los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, un hombre o una mujer, mayor de 14 años¹¹⁹.

El autor Luis Rodríguez Collao señala que “el tipo no demanda ninguna exigencia especial, ni se requiere, como en el caso del sujeto activo, que posea aptitud física o 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 14 años, quien, como es obvio, normalmente carecerá de aquella aptitud”¹²⁰. Agrega que la doctrina científica y la jurisprudencia están de acuerdo en que la libertad e indemnidad sexual corresponde a todo ser humano por solo el hecho de ser tal.¹²¹

3.4.2.2. En el Derecho Comparado

3.4.2.2.1. Según el Derecho Español.

En la legislación española el sujeto pasivo es igualmente indiferenciado respecto al sexo, tal como se refleja en el texto neutral del actual artículo 179 del Código Penal, lo que se traduce en la posibilidad de incluir en el tipo cualquier clase de relación, sea ésta homosexual o heterosexual.

¹¹⁸ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p. 278

¹¹⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 251

¹²⁰ Rodríguez C., Luis, Cit., p. 144

¹²¹ Idem

Cabe precisar que en la agresión sexual con menor de 12 años implica, necesariamente, que el sujeto pasivo tenga la referida edad, y en las demás modalidades que sea mayor de 12 años.

El autor Joan Queralt indica que el sujeto pasivo es “una mujer cuando se trate de un acceso vaginal y cualquier persona para el acceso carnal anal o bucal”¹²².

3.4.2.2.2. Según el Derecho Argentino.

Respecto del delito de abuso sexual con acceso carnal, es indiferente el sexo del sujeto pasivo para configurarlo, bastando con que se trate de una persona viva.

Sin embargo, atendida la existencia de modalidades del delito es necesario distinguir, en la causal referida a la minoría de edad es necesario que la víctima sea una persona viva menor de 13 años de edad, y en cuanto a las demás modalidades, tendrá que ser una persona viva mayor de 13 años.

El autor Carlos Creus, afirmando lo señalado anteriormente, manifiesta que puede ser una persona de cualquier sexo que esté viva¹²³.

Asimismo, Edgardo Donna señala que el artículo 119, tercer párrafo, admite como sujeto pasivo tanto al hombre como a la mujer, bastando que se trate de una persona con vida¹²⁴.

¹²² QUERALT J., Joan, Op. Cit. p. 119

¹²³ CREUS, Carlos, Op. Cit. p. 176

¹²⁴ DONNA, Edgardo, Op. Cit, p. 69

CAPÍTULO IV: TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

4.1. TIPO SUBJETIVO.

4.1.1. Según Derecho Nacional

El tipo subjetivo está constituido por la culpa, el dolo y otros elementos subjetivos del tipo, los que serán analizados dentro del delito de violación de los artículos 361 y 362 del Código Penal chileno.

En cuanto a la culpa, cabe tener presente que ésta supone un actuar negligente o imprudente por parte del sujeto activo. Ésta no tiene cabida dentro del delito de violación por cuanto éste exige una conducta positiva por parte del sujeto activo, esto es, una agresión sexual la que es prácticamente imposible de ejecutar en forma imprudente o negligente. También, se puede argumentar que la culpa no tiene cabida en la legislación atendido que el delito de violación no se encuentra entre los crímenes y simples delitos contra las personas, respecto de los cuales tienen aplicación los preceptos relativos a los delitos cometidos con culpa (cuasidelitos) establecidos en el artículo 490 y siguientes del Código Penal.

En este sentido, Luis Rodríguez Collao que señala que tanto por la ubicación sistemática del delito de violación “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”¹²⁵.

Asimismo, Mario Garrido Montt resalta “que ninguna de las formas comisivas descritas funda el injusto en la imputación de un actuar negligente”. Agrega que le son inaplicables contenidas en el Título X del libro II- *De los cuasidelitos*- porque en la

¹²⁵ RODRIGUEZ C., Luis, Op. Cit. p. 158

ubicación asignada al delito de violación en el Código Penal quedó fuera de los llamados “*delitos contra las personas*”¹²⁶.

En relación al dolo, resulta evidente que éste siempre debe concurrir en la comisión del delito de violación, pudiendo ser tanto el dolo directo como el eventual. En este último se dará en casos específicos, como por ejemplo, si el agente tiene dudas respecto de la edad o sanidad mental del sujeto pasivo.

El autor Luis Rodríguez Collao estima que al no contemplar el tipo exigencia especial alguna, en principio, éste podrá adoptar la forma de directo o eventual, debiendo excluirse las modalidades de los numerales 2 y 3 del artículo 361 por requerir una actuación abusiva, que supone dolo directo.¹²⁷

Por su parte, Mario Garrido Montt indica que en todas las formas comisivas del delito de violación requieren dolo directo. Excluye el dolo eventual ya que en todas las modalidades del delito de violación se exigen, sin distinción, *una dirección positiva de la voluntad dirigida a realizar la cópula sexual*. Destaca que no basta que se den las condiciones objetivas de las que se deduce la falta o ausencia de voluntad de la víctima, sino que el autor tenga conciencia de esa ausencia y su intención de aprovecharla.¹²⁸

Respecto de la posibilidad de que concurra alguna hipótesis de error de tipo, el autor Luis Rodríguez Collao considera que éste puede darse por “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 este efectivamente intimidada o que es menor de 14 años) y, en general la creencia equivocada que se cuenta con la anuencia del sujeto pasivo”.

¹²⁶ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p 293

¹²⁷ RODRIGUEZ C. Luis, Op. Cit. p. 159

¹²⁸ GARRIDO M., Mario, Op. Cit. p 293

El error de tipo que es aquel que recae sobre el elemento esencial del tipo, en el caso de la violación es la falta de voluntad de la víctima en participar de un acto sexual, y por ello, al no saber el autor que el sujeto pasivo ha accedido por encontrarse intimidado por otro, que padece de un trastorno mental o que tiene más de 14 años, no existe conocimiento de estar realizando el delito de violación. Este error, podría llegar a excluir el dolo y, en consecuencia, no aplicarse la pena respectiva.

Finalmente, Luis Rodríguez Collao indica que existe un sector minoritario en la doctrina que considera que en este delito es necesario un elemento subjetivo del tipo, el que consistiría en el “ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual”, el que importaría un comportamiento que refleje una particular tendencia del sujeto activo de satisfacer sus deseos sexuales aún en contra de los deseos de la pareja elegida.¹²⁹

El autor citado descarta que exista este elemento subjetivo del tipo por el simple hecho de no estar contenido como exigencia especial en la norma. Agrega el argumento que otros tipos del mismo título, creados por la misma ley, si contienen exigencias de esta índole, como el artículo 366 quater, que exige que el agente actúe “para procurar su excitación sexual o la excitación sexual del otro”¹³⁰

4.1.2. Según el Derecho Comparado.

4.1.2.1. Según el Derecho Penal español.

Los autores españoles están contestes en que el dolo concurre en el delito de violación, en todas sus modalidades. Incluso el autor Joan Queralt sólo reconoce el dolo, señalando que la violación es un delito eminentemente doloso.¹³¹

¹²⁹ RODRIGUEZ C. Luis, Op. Cit. p. 159

¹³⁰ Idem

¹³¹ QUERALT J. Joan, Op. Cit. p. 122

Por su parte, Bajo Fernández y Díaz-Maroto indican que en la violación real debe concurrir el dolo o “animo de tener acceso carnal”, por lo que es imposible la concurrencia de la culpa, en la violación presunta es admisible la culpa o imprudencia “cuando hay error o una omisión del deber de cuidado sobre la edad o el estado mental del sujeto pasivo”.¹³²

Enrique Orts manifiesta que para la imputación de dolo es necesario que el sujeto tenga conciencia de la ilicitud del acceso carnal en las condiciones típicas y que quiera realizar el acceso carnal bajo alguna de las modalidades establecidas en la norma. Indica que tratándose de la violación cometida con fuerza o intimidación sólo concurre el dolo directo, excluyendo el dolo eventual y la culpa. En cuanto a la violación con abuso de la enajenación de la víctima, de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia y menor de 12 años puede darse en forma dolosa o culposa, en el último caso el agente deberá incurrir en un error vencible¹³³.

Cabe mencionar la posición de José Luis Díez Ripollés, quien exige un elemento subjetivo del tipo, no identificado con el dolo, consistente en involucrar sexualmente a la víctima, en poder excitarse y satisfacerse sexualmente, e incluso causar algún tipo de displacer, siendo éste distinto de la conciencia y voluntad de realizar el tipo.¹³⁴

4.1.2.2. Según el Derecho Penal Argentino

Esta legislación, al igual que la chilena, estima que el dolo directo puede concurrir en todas las modalidades o causales del delito de violación, existiendo distintas posiciones respecto del dolo eventual.

Edgardo Donna afirma que el delito de violación es en todas sus formas doloso, exigiéndose el dolo directo por el abuso de situación, por la violencia o las amenazas,

¹³² BAJO F. Miguel y DIAZ-MAROTO y V, Julio, Op. Cit. p. 218

¹³³ ORTS B. Enrique, Op. Cit. p. 122-123

¹³⁴ DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 75- 76

siendo *incompatible cualquier otra clase de dolo, como el directo o el eventual*. Asimismo, no admite la forma culposa.¹³⁵

Respecto al dolo eventual, Donna cita al autor Ricardo Núñez, quien admite la posibilidad de que éste concorra en el conocimiento de la situación de la cual abusa el agente o de la resistencia de la víctima. También puede concurrir en los supuestos de personas privadas de razón o sentido y en la minoría de 13 años de edad.¹³⁶

Por su parte, Carlos Creus señala que el dolo exige el conocimiento cierto, o al menos dudoso, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento, de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria. Añade que el error en la ausencia de la minoría de 13 años o ciertas condiciones de la víctima o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad o hacer variar el tipo penal a estupro, si se dan sus requisitos.¹³⁷

4.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

4.2.1. Según el Derecho Nacional

Este ámbito en la comisión del delito se encuentra directamente relacionado con el sujeto activo del delito de violación.

Respecto de la conducta básica del delito de violación, existen dos posturas en la doctrina nacional, la primera en la que sólo el hombre puede ser autor directo de la acción, y una segunda donde es indistinto el sexo del sujeto activo. Esta discusión se centra la voz “acceder carnalmente”, la forma en la que éste sea entendido es lo que

¹³⁵ Idem

¹³⁶ Idem

¹³⁷ CREUS, Carlos, Op. Cit. p. 179

determinará al autor directo. Así, si el verbo rector es sinónimo de introducir el pene en las cavidades del tipo, necesariamente la conducta básica debe ser ejercida sólo por un varón capaz de realizarla. En cambio, si acceder carnalmente es entendido sólo como introducción del miembro viril en la vagina, ano o boca de la víctima, es decir, la realización de la introducción durante un acto sexual no consentido por alguno de los participantes, la conducta puede ser llevada a cabo tanto por un hombre como una mujer.

En cuanto a los otros comportamientos del tipo, distintos del acceso carnal, existe consenso en que tanto hombres como mujeres pueden realizarlos ya que no implican una característica especial por parte del hechor para llevarlos a cabo. En este sentido, Luis Rodríguez Collao afirma que “respecto de los otros comportamientos, no existe inconveniente alguno para que la mujer asuma la calidad jurídica de autora”, lo que sería consistente con las formas de autoría del artículo 15 del Código Penal, que en sus tres numerales está la idea de ejecución del hecho tanto en el núcleo conductual del tipo como cualquier otro comportamiento necesario para la consumación del ilícito.¹³⁸

La autoría mediata es objeto de disidencias en la doctrina nacional. Según el citado Luis Rodríguez la doctrina es “renuente a aceptar la figura de la *autoría mediata*, básicamente porque se estima que el delito de violación es un delito de propia mano, que exigiría la intervención directa y material del autor de la conducta incriminada”. A favor de ésta el autor señala que “la intervención de un autor mediato no excluye, sino que, por el contrario, presupone, la actuación de otro sujeto que realiza materialmente la acción que el tipo demanda”. Agrega que si se acepta la figura de la instigación aplicada al delito de violación, que es castigada con la misma pena correspondiente a los autores, carece de lógica que un comportamiento más grave, como es la autoría mediata, no reciba la misma pena¹³⁹.

¹³⁸ RODRIGUEZ C, Luis, Op. Cit. p. 167

¹³⁹ *Ibidem*, p. 167-168

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez indican que se excluye la autoría mediata del delito de violación atendida su naturaleza, poniendo como ejemplo a aquel que contrata a un tercero para que realice la violación, quien sólo podría ser sancionado como inductor¹⁴⁰.

Finalmente, se afirma que tanto hombres como mujer pueden ser instigadores, cómplices o encubridores de un delito de violación. En el mismo sentido Luis Rodríguez Collao, quien manifiesta que “(...) es posible admitir la participación de una persona de cualquier sexo, sea a título de inducción, complicidad o encubrimiento”.¹⁴¹

4.2.2. Según el Derecho Comparado

4.2.2.1. Según el Derecho Español

Antes de la reforma legal del año 1989, en la legislación española la mujer sólo podía participar como cooperador o cómplice, pero nunca como autor, atendido que al ser la violación un delito de propia mano, el sujeto activo sólo podía ser un varón¹⁴². Después, una vez que se estableció que la mujer también podía ser sujeto activo del delito, la doctrina entendió que la autoría directa podía operar respecto de hombres y mujeres, indistintamente.

No obstante lo anterior, existen autores españoles que aún estiman que únicamente el hombre puede ser autor directo de una violación, atendido su verbo rector “acceder carnalmente”.

En este sentido, Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz- Maroto señalan que la violación es un delito especial de propia mano, por lo que sólo el varón puede cometer como autor en sentido estricto, pudiendo la mujer ser participe por la vía de la

¹⁴⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 261-262

¹⁴¹ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 168

¹⁴² ORT B. Enrique, Op. Cit, p. 143

cooperación necesaria, por ejemplo, cuando una mujer sujeta a la víctima o la conduce por engaño al lugar del hecho. A su vez, citan al autor Rodríguez Mourullo, quien manifiesta que cabe la coautoría de la mujer, quien puede cometer otros actos que no requieran cualidades especiales en el hechor, atendida la naturaleza de delito compuesto de la violación¹⁴³.

El autor Joan Queralt afirma que al ser la violación un delito de propia mano es típicamente imposible el acceso en autoría mediata. Añade que terceros pueden participar del delito, recibiendo la misma pena, si actúan induciendo al sujeto activo o cooperando con él. También considera que puede haber coautoría si hubiera un repartición de roles conforme a un plan para cometer el ilícito¹⁴⁴.

4.2.2.2. Según el Derecho Argentino

En el Derecho argentino, al igual que en el chileno, la decisión referente a quien puede ser el sujeto activo del delito de violación determina quién puede ser el autor directo de la acción típica.

Carlos Creus afirma que únicamente al hombre puede ser autor material directo del delito de violación, pero que respecto de la coautoría participativa, la complicidad o la instigación no se extiende la limitación de los partícipes, pudiendo ser de uno u otro sexo¹⁴⁵.

Asimismo, el autor Edgardo Donna señala que sólo puede ser el hombre es el autor material del hecho, por ser el único que puede penetrar¹⁴⁶.

¹⁴³ BAJO F. Miguel y DIAZ-MAROTO y V., Julio, Op. Cit. p. 205

¹⁴⁴ QUERALT J, Joan, Op. Cit. p 119

¹⁴⁵ CREUS, Carlos, Op. Cit. p. 176

¹⁴⁶ DONNA, Edgardo, Op. Cit. p. 67

4.3. ITER CRIMINIS.

El iter criminis o “camino del delito” dice relación con el proceso de desarrollo del delito, es decir, las etapas por las que transita hasta su consumación. Cabe tener presente que éste comienza desde el momento en que se idea la comisión del delito, pero adquiere relevancia para el Derecho Penal en el momento en que se exterioriza, mientras se mantenga en el fuero interno de la persona no será objeto de sanción penal.

La conducta típica se puede presentar en distintos grados de desarrollo, tal como se consagra en el inciso primero del art. 7° del Código Penal, el que señala: “Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa”.

La determinación de si una conducta típica se encuentra consumada, tentada o frustrada, tiene relevancia desde el punto de vista de la pena a aplicar, variando de acuerdo a si se le aplica al autor, cómplice o encubridor de una violación en conformidad a lo dispuesto en el artículo 50 y siguientes del Código Penal. Así, el artículo 50 señala que se le impondrá la pena que se hallare señalada en la ley a los autores de un delito consumado. Por su parte el artículo 51 dispone a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el crimen o simple delito. El artículo 52 consagra que “a los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se les aplicará la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para tal crimen o simple delito, exceptuando ciertos casos aludidos en su inciso segundo. El artículo 53 menciona que “a los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de un crimen o simple delito frustrado, se les impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley; y finalmente el artículo 54 dispone que a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se le impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada en el Código.

Cabe señalar que según Luis Rodríguez Collao los impedimentos físicos para llevar a cabo la cópula sexual, donde la conducta no es apta para la comisión del delito, configuran una situación de tentativa inidónea, que impide el castigo a título de violación, sin perjuicio que puedan ser subsumidos en otro tipo penal, como por ejemplo la desproporción de los órganos genitales entre el autor y la víctima (impotencia coeundi).¹⁴⁷

4.3.1. Consumación del delito de violación.

4.3.1.1. En el Derecho Chileno

Antes de la reforma legales de la Ley N° 19.617, de fecha 12 de julio de 1999, el antiguo artículo 362 del Código Penal que contemplaba que “los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución”, generaba el problema de qué debía entenderse por principio de ejecución. Actualmente, este tema debe resolverse a través de las reglas generales establecidas en el código antes citado.

Para determinar cuándo debe entenderse consumado el delito de violación, existen tres criterios doctrinales. En primer lugar, está la *coniunctio membrorum*, que consiste en el simple contacto del miembro viril con alguna de las cavidades descritas en la norma, sin que sea necesario que se produzca la introducción.

El segundo criterio se llama *inmissio seminis*, señala que es necesaria la penetración total más la eyaculación. Según Luis Rodríguez, afirma que esta postura busca facilitar la prueba de la introducción.

Finalmente, el criterio con mayor aceptación doctrinaria tiene por nombre *inmissio penis*, que establece que debe haber una introducción del pene en la vagina, ano o

147 RODRIGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 165

boca de la víctima. Esta postura es la que más se condice con el verbo rector “acceder carnalmente”.

La doctrina nacional chilena adhiere en forma mayoritaria al tercer criterio antes indicado. En este sentido, Mario Garrido Montt sostiene que “basta la existencia de una invasión de las cavidades mencionadas para que constituya algo más que un simple contacto, sin llegar a la exigencia de una penetración total (inmissio penis)”¹⁴⁸.

Los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, manifiestan estar de acuerdo con la interpretación de Labatut y la jurisprudencia mayoritaria, que afirman que “el delito se entenderá consumado desde que hay principio de la penetración, siendo indiferente al efecto que el acto sexual concluya o no según la intención del autor o las veces en que la penetración se produzca, dentro de un mismo contexto de violencia o intimidación o en un mismo período temporal.”¹⁴⁹

Finalmente, para Luis Rodríguez Collao “el acceso carnal se consuma cuando existe penetración del miembro masculino, sin que sea necesaria una introducción completa del pene, ni la afectiva satisfacción del apetito sexual por parte del hechor”.

¹⁵⁰

4.3.1.2. En el Derecho Comparado

4.3.1.2.1. En el Derecho Español

Para la legislación española el momento consumativo debe coincidir con el acto de penetración, incluso parcial, del pene en la vagina, ano o boca de la víctima. Asimismo, en la modalidad de introducción de objeto o de un miembro corporal es suficiente la introducción parcial de ellos por vía vaginal o anal.

¹⁴⁸ MONTT G., Mario, Op Cit. p, 277

¹⁴⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 261

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 162-163

Para Enrique Orts, la consumación exige la verificación de la penetración del miembro viril en alguna de las cavidades del delito de violación, sin que sea necesario resultado específico alguno¹⁵¹.

Los autores Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto señalan que “la consumación estriba en la penetración del pene en las cavidades vaginal, bucal o anal, sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación, rotura del himen o lesiones o embarazo”¹⁵²

Por su parte, Francisco Muñoz Conde, para determinar el momento de consumación del delito, distingue entre la introducción de objetos (o miembros corporales) y el acceso carnal. Respecto del primer caso, se requiere que el objeto (o miembro corporal) utilizado sea introducido en la vagina o ano de la víctima. En cuanto al acceso carnal es necesario un mínimo de penetración (inmissio penis) del pene en alguna de las cavidades del tipo. Sin embargo, precisa que en el caso del acceso carnal vía bucal probablemente se demande eyaculación o inmissio seminis, atendidas las dificultades probatorias¹⁵³.

A su vez, Joan Queralt explica que con la nueva redacción del tipo penal basta con el inicio de la violación, sin existir penetración completa, para considerar cumplido el acceso carnal, configurándose la consumación del delito. Respecto del caso de los menores, indica que si la penetración se inicia pero no culmina, aun sin rotura de himen, generaría una violación consumada, situación más probable atendida la disparidad de tamaño de los genitales de los sujetos¹⁵⁴.

4.3.1.2.2. En el Derecho Argentino

¹⁵¹ ORTS B., Enrique, Op. Cit., p. 134- 135

¹⁵² BAJO F. Miguel y DÍAZ-MAROTO y V., Julio, Op. Cit. p. 209

¹⁵³ MUÑOZ C., Francisco, Op. Cit., p. 218

¹⁵⁴ QUERALT J., Joan, Op. Cit., p. 121

En la legislación argentina, al igual que en la chilena, la consumación del delito de violación se concreta con un principio de introducción del pene en las cavidades del tipo.

Para Edgardo Donna el delito de violación se consume con el “acceso carnal”, sin que sea necesario un grado determinado de penetración para configurar el tipo ni penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual.¹⁵⁵

Asimismo, Carlos Creus indica que el delito se consume con la penetración del pene en el orificio vaginal o anal¹⁵⁶.

4.3.2. Tentativa y Frustración en el delito de violación

4.3.2.1. En el Derecho Nacional

Hay tentativa cuando el agente da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltando uno o más elementos para completar la conducta descrita en el tipo. En el caso específico del delito de violación, constituye tentativa todos aquellos actos del sujeto activo que, de manera directa e inequívoca, tiendan a la perpetración del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal de la víctima.

Cabe señalar 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 artículo 7 del Código Penal exige para la existencia de la tentativa. Esta figura supone que el sujeto activo haya realizado todos los actos que el tipo requiere, de manera que para la consumación del delito, sólo reste el acceso carnal¹⁵⁷.

¹⁵⁵ DONNA, Edgardo, Op. Cit., p. 79

¹⁵⁶ CREUS, Carlos, Op. Cit., p. 175

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 163- 164

El autor Luis Rodríguez Collao afirma que existe un consenso entre la doctrina científica y la jurisprudencia, en el sentido de que la tentativa de violación consiste en la realización de cualquier acto encaminado a doblegar la voluntad de la víctima, sin que llegue a perfeccionarse el acceso carnal. Agrega que ésta es válida cualquiera sea la causa que determine la ausencia de penetración, ya sea la resistencia de la víctima, intervención de terceros, falta de erección, etc., así como, cualquiera sea el grado de proximidad o de distancia que exista respecto de la consumación del acceso carnal. Estima que es tentativa el simple contacto del pene con las zonas externas de la vagina, ano o boca de la víctima (coito vestibular).¹⁵⁸

Mario Garrido Montt indica que “la tentativa normalmente se configura con los actos iniciales dirigidos a la penetración forzada”. Respecto de la violación impropia, señala que no suelen ser interrumpidas, a menos que haya fuerza. En cuanto a la modalidad de fuerza, ésta generalmente constituye medios materiales para la realización del acceso carnal más el dolo, satisfacen las exigencias de la tentativa¹⁵⁹.

Cabe hacer notar la existencia de un problema que en torno a la tentativa de la violación y que dice relación con los efectos penales de su admisión. Éste se produce por la rebaja en su pena aplicable en dos grados, quedando en presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), lo que implicaría una penalidad inferior a la de los abusos sexuales de los artículos 365 bis a 366 bis del Código Penal. En consecuencia, se debe admitir la existencia de un concurso aparente de leyes penales entre los citados tipos penales y la tentativa de violación, debiendo preferirse la penalidad de los abusos sexuales.¹⁶⁰

Finalmente, en relación a la tentativa inidonea, ésta procede en dos supuestos. En primer lugar, en el desistimiento o abandono voluntario por parte del agente que

158 *Ibidem*, p. 164-165

159 GARRIDO M. Mario, *Op. Cit.*, p. 294

160 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Op. Cit.*, p. 261

margina la punibilidad del hecho, lo que implica una imposibilidad de aplicar la sanción correlativa al delito de violación cuya acción se comenzó a ejecutar¹⁶¹. La doctrina nacional está conteste en este tema, principalmente por razones prácticas, esto es, estimular el desistimiento de la tentativa, a fin de que el delito no llegue a consumarse.

El segundo supuesto corresponde a los casos de impedimento físico para la cópula, como por ejemplo, por la desproporción de tamaño entre los órganos genitales de los sujetos activo y pasivo. En caso que el agente tuviera conocimiento del impedimento y está presente el dolo en su actuar, el castigo corresponderá al tipo cuya ejecución buscaba realmente¹⁶².

Respecto del grado de frustración de delito de violación, en términos generales, tiene lugar cuando el hechor pone de su parte todo lo necesario para la realización del crimen o simple delito y esto no se verifica por causas ajenas a su voluntad.

Cabe señalar que la doctrina estima que la figura de la frustración es incompatible con el delito de violación, atendido que éste es un delito de mera actividad, ya que el tipo penal no exige ningún otro suceso más que la ocurrencia del acceso carnal¹⁶³.

4.3.2.2. En el Derecho Comparado

4.3.2.2.1. En el Derecho Español

El delito de violación es considerado por la doctrina española como un delito de mera actividad, lo que permitiría sólo la ocurrencia de la tentativa y no la frustración.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 165-166; GARRIDO M. Mario, Op. Cit., p. 294

¹⁶² RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p.166

¹⁶³ GARRIDO M. Mario, Op. Cit., p. 277; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, Op. Cit., p. 260 ; RODRÍGUEZ C., Luis, Op. Cit., p. 163

En este sentido, Enrique Orts Berenger indica que la violación es un delito de mera actividad y que “tales delitos concuerdan únicamente con la tentativa por la sencilla razón de que lo que en otras especies delictivas se estancaría en el estadio de la frustración, en aquellos desemboca en el consumativo”. Respecto a la tentativa, sostiene que ésta existirá cuando el hechor haya realizado actos encaminados al acceso carnal, sin que éste llegue a materializarse por causa o accidente ni por desistimiento voluntario de aquel. Agrega que el acceso carnal impracticable por causas atribuible a alguno de los sujetos constituye tentativa inidónea.¹⁶⁴

No obstante, Miguel Bajo Fernández y Julio Díaz-Maroto explican que en algunas sentencias del Tribunal Supremo se aprecia la frustración del delito cuando el resultado no es conseguido por desproporción de los órganos sexuales de los sujetos o en el caso de coito vestibular o introducción imperfecta. Por su parte, habrá tentativa cuando no haya penetración ni contacto entre los órganos sexuales¹⁶⁵.

Por su parte, el autor Joan Queralt trata la tentativa como tipos de imperfecta ejecución, indicando que el intento de penetración que no se consigue por alguna razón, es considera tentativa acabada cuando el sujeto ha llevado a efecto todo lo que podía llevar a cabo para lograr el acceso. En cambio, será inacabada cuando se emplee violencia o intimidación sin que se haya iniciado o se esté dispuesto a iniciar el acceso, teniendo la intención de hacerlo, o cuando se amarre al sujeto pasivo para iniciar el coito que la oposición del mismo aborta¹⁶⁶.

Finalmente, el autor Francisco Muñoz Conde señala que la tentativa no es punible cuando opera el desistimiento voluntario del sujeto activo, atendida su eficacia

¹⁶⁴ ORTS B. Enrique, Op. Cit., p. 134- 135

¹⁶⁵ BAJO F. Miguel y DÍAZ-MAROTO y V., Julio, Op. Cit. p. 209

¹⁶⁶ QUERALT J., Joan, Op. Cit., p. 121

liberadora. En los casos de desistimientos por eyaculación prematura se consideran involuntarios.¹⁶⁷

4.3.2.2.2. En el Derecho Argentino

En el Derecho Penal argentino admite la existencia de la tentativa en el delito de abuso sexual con acceso carnal, los que consisten en aquellos actos que permitirían lograr el acceso de la víctima al hechor, sin incluir la penetración misma.

Para Carlos Creus constituye tentativa el despliegue de actos ejecutivos de la cópula sexual sin llegar a la penetración, siendo acompañados de la finalidad de lograr el acceso por parte del agente. Precisa que los actos ejecutivos son el inicio de las acciones de violencia o intimidación que recaigan sobre la víctima, en forma directa o indirecta.

Agrega al respecto, que puede ser imposible la tentativa ante la falta de idoneidad del medio para cometer el delito. Asimismo, manifiesta que se elimina la punibilidad de la tentativa mediante el desistimiento del sujeto activo, no obstante, quedar vigentes las acciones por lesiones causadas por la violencia ejercida.¹⁶⁸

En el mismo sentido, Edgardo Donna señala que “al ser un delito de resultado, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto, y que no se consume por razones ajenas a la voluntad del autor, de acuerdo al artículo 42 del Código Penal”. Añade que si el autor no tenía la intención de acceder carnalmente a la víctima y entre sus actos no estaba el coito, se estaría ante el delito de abuso sexual simple o gravemente ultrajante, que se subsume en el artículo 119.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MUÑOZ C., Francisco, Op. Cit., p. 218

¹⁶⁸ CREUS, Carlos, Op. Cit, p. 176- 177

¹⁶⁹ DONNA, Edgardo, Op. Cit., p 79- 81

Finalmente, Donna reconoce que la tentativa puede ser desistida por el hechor y quedar impune, pero quedar vigente la pena aplicable por otros tipos penales.

CONCLUSIONES

El objeto de la presente memoria radicaba en analizar y aportar antecedentes que hicieran posible considerar a la mujer como sujeto activo del delito de violación, en nuestra legislación.

Para el desarrollo del objetivo antes planteado, se efectuó, en primer lugar, un breve estudio de los delitos contra la libertad, examinando los conceptos de delitos contra la libertad propiamente tal, y de delitos contra la libertad sexual y moral sexual, todo bajo la perspectiva del Derecho nacional y del Derecho comparado.

Así, en primer término, se delimitó que en nuestro Código Penal, los delitos contra la libertad no se encuentran agrupados en un solo título, a raíz de lo cual la doctrina nacional los aglutina como delitos que protegen el bien jurídico libertad. Por su parte, en el Derecho comparado analizado, esto es, el español y el argentino, ocurre lo contrario que en nuestra legislación, toda vez que los delitos contra la libertad son agrupados bajo un solo título.

Luego de señalado lo anterior, se procedió a identificar diversas definiciones doctrinarias del bien jurídico libertad, estableciéndose como postura de esta memoria, aquella que dice relación con la autodeterminación, entendiéndose entonces a la libertad como la facultad o el derecho de todo individuo de desarrollar o no una actividad, en forma consciente, siempre que ésta no esté prohibida u ordenada por ley ni vulnere el derecho ajeno.

En segundo término, en lo que respecta a los delitos contra la libertad y la moral sexual, se indicó que ellos difieren entre sí toda vez que los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos son distintos, a saber, por un lado la libertad sexual, entendida como la facultad de toda persona de ejercer o participar en actos de significación sexual, libremente, y a no verse obligado a participar de dichos actos o de repeler los

ataques de índole sexual que pudieran producirse: y por otro, la protección de determinadas formas éticas de comportamiento sexual.

Se añadió la explicación de que en nuestra legislación, antes de la entrada en vigencia de Ley N° 19.617, los delitos sexuales eran tratados en forma separada, según se atentara al orden de las familias o contra la moralidad pública, en atención al contenido ético que se les otorgaba a estos delitos. Luego de la entrada en vigencia de la citada Ley N° 19.167 y la Ley N° 19.927, se intentó que el bien jurídico libertad sexual adquiriera preeminencia sobre la moral sexual, siguiendo las corrientes modernas al respecto, lo cual no resultó ser más que un cambio nominal. En la actualidad, hay concordancia en la doctrina en que la regulación penal de la conducta sexual debe encontrarse limitada a las acciones que atentan contra la libertad sexual del individuo, tomando a ésta como parte fundamental del ejercicio de las libertades individuales. En cuanto al Derecho comparado analizado, se observó que presenta la misma evolución que el nacional, respecto al hecho de que si bien en un principio los delitos contra la honestidad protegían el bien jurídico moral sexual, una vez que comenzó a considerarse el concepto de libertad sexual, se eliminó el contenido moral y ético que presentaban los tipos penales.

A continuación, y a modo de comprender el delito de violación, se estudió su conceptualización tanto en Derecho como doctrina nacional, así como en Derecho comparado, identificándose como similitudes entre las diversas legislaciones el uso del mismo verbo rector, ya que todas contemplan la voz “acceder carnalmente” como descripción de la conducta del ilícito; además la mayoría de la normativa analizada coincide en que el acceso carnal puede realizarse vía anal, bucal y vaginal; finalmente, y en relación a las modalidades de comisión del delito, todas coinciden en el uso de fuerza e intimidación, el abuso de una situación de prevalencia, el abuso de la falta de voluntad de la víctima por estar privada de razón, y la realización de la conducta con un menor de determinada edad.

A continuación se realizó un análisis del tipo objetivo en el delito de violación, desarrollándose un examen detallado del bien jurídico protegido, la conducta típica, las modalidades de comisión, y los sujetos del delito, todo ello tanto en el Derecho nacional como comparado.

En cuanto al bien jurídico protegido, se expuso la discusión doctrinaria respecto de si el delito de violación protege únicamente la libertad sexual, o también la indemnidad o intangibilidad sexual respecto de los menores de 14 años y enajenados mentales. Luego se analizaron las diferentes posturas doctrinarias con respecto al bien jurídico protegido, y se mencionó la situación en legislaciones comparadas, concluyéndose que en ellas también existe discrepancia en el tema.

En esta memoria se sostiene que el delito de violación protege dos bienes jurídicos distintos, la libertad sexual respecto del tipo penal del artículo 361, en las modalidades de los numerales 1 y 2, esto es, cuando se hace uso de fuerza o intimidación y cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; y la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso del artículo 361 numeral 3 y artículo 362, a saber, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima, o cuando ésta es un menor de 14 años.

Por su parte, este trabajo entiende a la libertad sexual o libertad de autodeterminación sexual como aquella facultad o derecho de todo individuo de desarrollar o no un acto de significación sexual, en forma consciente, siempre que ésta no esté prohibida por ley ni vulnere el derecho ajeno. Asimismo, se considera que ésta tiene un ámbito activo, concebido como la libre disposición de los individuos de sus potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento en el ámbito privado como frente a terceros, y otro pasivo, consistente en el derecho de una persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento. A su vez, la indemnidad o intangibilidad sexual es concebida como el derecho de toda persona a no verse involucrada en contextos sexuales que no puede entender, de manera de verse libre

de daño o perjuicio alguno que pudiera afectar su desarrollo sano y normal en el ámbito sexual.

Atendidos los bienes jurídicos antes descritos, se colige que lo determinante en el tipo penal de violación es la falta de voluntad de participar en un contexto sexual por parte de la víctima, sin que exista otro elemento que establezca distinción alguna respecto de la persona que puede y es titular de los derechos referidos en el párrafo anterior, lo que margina la posibilidad de la doctrina de distinguir el sexo del sujeto activo.

En lo que respecta a la conducta típica, la ley establece como verbo rector “acceder carnalmente”, el que es entendido por distintos autores como la introducción del pene u órgano sexual masculino en las cavidades indicadas en la norma. Sin embargo, este significado no determina quién debe realizar la acción, sino cuándo debe entenderse realizado un acto sexual que constituye el delito de violación por haberse producido en contra de la voluntad de alguno de los participantes, siendo el hechor del delito aquel que involucra a otra persona en una relación sexual sin su consentimiento y no aquel que penetra a otro.

Esta conclusión se obtiene de la interpretación del artículo 361 y 362 del Código Penal. Desde un punto de vista gramatical, la expresión empleada por el tipo, “el que accede carnalmente (...)”, no se refiere derechamente a la actividad de un varón, sino que describe la acción a realizar de una forma impersonal que no diferencia el género del autor, es decir, no limita la acción a la penetración del órgano viril mediante una conducta activa del varón, sino que la extiende a otros casos, como al de una mujer que introduce ella misma el miembro viril en su vagina, ano o boca. En consecuencia, acceder carnalmente comprende los actos destinados a realizar la cópula, en cualquiera de sus modalidades, y no únicamente al comportamiento activo de un hombre.

Por su parte, la interpretación teleológica permite establecer el sentido o alcance de los artículos antes citados atendiendo al fin de éstos, los que están estrechamente relacionados con los bienes jurídicos de Libertad e Indemnidad o Intangibilidad Sexual. Es así que la finalidad de los preceptos 361 y 362 es la de proteger el derecho de toda persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento, la cual sólo puede cumplirse considerando como sujeto activo a hombres y mujeres, de manera de comprender la totalidad de posibles atentados a los bienes jurídicos en cuestión.

Finalmente, la interpretación sistemática permite confirmar el criterio señalado por el hecho de que la Ley 19.617 no sólo utilizó la voz “acceder carnalmente” en los artículos 361, 362 y 363 que se refieren a la violación y al estupro, sino que también en el artículo 365, que describía la sodomía. La reforma reemplazó el primitivo texto del artículo 365, empleando la expresión “accediere carnalmente” con la finalidad de ampliar su sentido, de manera de abarcar los comportamientos entre dos mujeres, además de entre dos varones. Ésta es la única razón lógica que permite entender el cambio realizado por el legislador en este ámbito.

En lo referente a las modalidades de comisión del delito, se señaló que si bien nuestro Código Penal no menciona la ausencia de voluntad de la víctima, ésta se depende de las distintas causales establecidas por el legislador en el articulado referente al delito de violación. Así, el Código de la materia entiende que falta el consentimiento para participar en actos de relevancia sexual, configurándose el delito de violación, cuando se usa de fuerza o intimidación, cuando la víctima se halla privada de sentido, cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima, y cuando la víctima es menor de 14 años. Luego se analizó la configuración del tipo en cada una de estas modalidades, tanto en derecho nacional como comparado.

Se infiere en este trabajo que algunas de las modalidades indicadas precedentemente permiten que se configuren casos de violación cuyo sujeto activo es

una mujer sin inconveniente alguno. En cambio, hay otras que atendidos sus especiales requisitos o la imposibilidad de erección del miembro viril hacen prácticamente imposible su ocurrencia.

No obstante lo anterior, cabe precisar que la mayor o menor ocurrencia de violaciones cuyo autor directo es una mujer no es determinante para incluirlos o excluirlos en el tipo del 361 y 362 del Código Penal. Lo único importante es el atentado en contra de los bienes jurídicos de libertad e indemnidad o intangibilidad sexuales y los males y daños que puedan provocar en la persona de la víctima.

En los casos de fuerza o cuando la víctima se hallare privada de sentido es difícil, pero no imposible, concebir la ocurrencia de una violación realizada por una mujer. En el primer caso, porque las mujeres no tienen la contextura física necesaria para doblegar la voluntad del hombre, en general, y aún cuando esto pasare, es poco probable que se produzca la erección del pene atendidas las circunstancias. En el segundo caso, la inconsciencia del hombre difícilmente permite que haya erección para la realización de la penetración exigida por la norma.

En el caso de la intimidación, que consiste en el uso de violencia psicológica y amenazas, es más probable que se pueda configurar con un sujeto activo de sexo femenino ya que puede ser ejercida por cualquier persona. A modo de ejemplo, se puede señalar el caso en que una mujer amenace a un hombre con inferirle daño a sus seres queridos, por un tercero que los tuviera retenido, si no tiene relaciones sexuales con ella, en esta circunstancia el varón podrá ceder y realizar la cópula en contra de su voluntad. En cuanto a la posibilidad de erección, ésta no sería un obstáculo, en atención a la existencia de fármacos que provocan que el pene se erecte.

En el caso del aprovechamiento de la incapacidad física del sujeto pasivo para oponer resistencia, si bien es complicada la ocurrencia del ilícito, los argumentos señalados en el párrafo anterior son igualmente válidos, más aún considerando que la superioridad física de la mujer no es un impedimento en esta circunstancia.

En el caso de los trastornos mentales y la minoría de 14 años de edad, la superioridad intelectual o de madurez del sujeto activo le puede permitir acometer el acto, mediante el sometimiento psicológico o la generación de una situación de engaño o sumisión. Algunos autores reconocen estas modalidades como las de más fácil y común ocurrencia ya que si bien la víctima puede aceptar participar en una relación sexual, esta aceptación no es reconocida por la ley penal ya que presume la incapacidad del sujeto pasivo para decidir involucrarse en un acto carnal.

En cuanto a los sujetos del delito, y específicamente en lo que respecta al sujeto activo, después de señalar las posturas doctrinarias en la materia en cuanto al género del mismo, se señaló que tanto hombres como mujeres pueden ser sujetos activos del delito de violación, ya que los bienes jurídicos protegidos por este delito son de igual relevancia respecto de todos los posibles sujetos activos, sin que sea posible distinguir por razones de sexo de la víctima.

La postura que afirma que el hombre es el único sujeto activo de la violación, sostenida por la mayoría de la doctrina nacional, implica condicionar la posición de víctima del delito al sexo del sujeto activo, lo que produce una discriminación arbitraria y una desprotección de los bienes jurídicos objeto del ilícito, respecto de los varones.

La discriminación arbitraria queda expuesta al comparar la protección de la mujer con la del hombre, aquella es considerada víctima de violación ante cualquier acceso carnal no consentido, a diferencia de los varones, quienes sólo son protegidos respecto de relaciones sexuales no consentidas cuyo sujeto activo es un hombre, lo que implica una discriminación por causa de sexo, lo que atenta con el derecho de igualdad ante la ley establecido en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la desprotección de los bienes jurídicos, ésta se produce por la restricción de la calidad de víctima de violación de los hombres, ya que sólo se

encontrarían protegidos de ataques sexuales de otros hombres, y no de parte de mujeres, afectándose especialmente a los hombres enajenados o menores de 14 años porque la ocurrencia de estos casos es mayor.

Respecto al sujeto pasivo, éste puede ser tanto un hombre o una mujer, lo que a su vez permite que el sujeto activo sea hombre o mujer, siendo la única distinción establecida por la norma la edad, configurándose el delito del artículo 361 en el caso de las personas mayores de 14 años o el establecido en el 362 para los menores de dicha edad.

En cuarto y último lugar, se examinó el tipo subjetivo del delito en cuestión, desarrollándose lo pertinente respecto del tipo subjetivo en sí, la autoría y participación, y el iter criminis.

En lo que respecta al tipo subjetivo, se estimó que no tiene cabida la actuación culposa en el delito de violación por tratarse de un delito que exige una conducta positiva. Por su parte, el dolo siempre concurre en la comisión del delito, no importando si se trata de dolo directo o dolo eventual.

Con respecto a la autoría y participación en el delito analizado, se destacó que existen dos posturas en doctrina referentes al tema, una que señala que solo el hombre puede ser sujeto activo de la acción, y otra que alude a que la conducta puede ser realizada tanto por un hombre como por una mujer, posturas que centran la discusión en la forma que es entendido el acceso carnal. Sin perjuicio de lo anterior, existe consenso en doctrina en afirmar que es posible la complicidad, instigación y encubrimiento en el delito de violación, excluyendo la figura de la autoría mediata.

En este punto, se ha sostenido en este trabajo que la mujer puede ser autor directo o mediato del delito de violación si se entiende que acceder carnalmente es la realización de la introducción del pene en algunas de las cavidades del tipo durante la ocurrencia de un acto sexual no consentido por alguno de los participantes.

En cuanto a los otros comportamientos del tipo, distintos del acceso carnal, existe consenso en que tanto hombres como mujeres pueden realizarlos ya que no implican una característica especial por parte del hechor para llevarlos a cabo.

Finalmente, y en lo relativo al Iter Criminis, se señaló que en el delito de violación es posible distinguir distintos grados de desarrollo, radicando la importancia de tal distinción en la pena a aplicar. En cuanto a la consumación del delito, se examinaron las tres posturas doctrinarias al respecto, siendo la del “inmissio penis”, esto es, aquella que señala que debe haber introducción del pene en la boca, ano o vagina de la víctima, la mayoritaria. En último lugar, y respecto de la tentativa y frustración, se estableció, que constituye tentativa todos aquellos actos del sujeto activo que, de manera directa e inequívoca, tiendan a la perpetración del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal de la víctima, de modo tal, que sólo falte que se perfeccione el acceso carnal.

No parece razonable estar dispuestos a pagar el precio de los costos señalados a lo largo de la presente memoria por una vaguedad lingüística del tipo penal, ya que la finalidad de la norma y de los bienes jurídicos que ésta protege es clara, y dice relación con el derecho de toda persona a participar de relaciones sexuales con su consentimiento, y, en el caso de los menores de 14 años, de desarrollarse en el ámbito sexual sin la intervención de terceros, los que son aplicables a tanto a hombres como mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. 2° ed. Argentina, Hamurabi. 1999.
2. BAJO F., Miguel, y DIAZ- MAROTO y V., Julio. Manual de Derecho Penal: Parte Penal: delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil. 3° ed. España. Centro de Estudios Ramón Areces. 1995.
3. BULEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. Curso de Derecho Penal. 2° ed. Chile, LexisNexis, 2007. V 1, 2 y 3.
4. CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. 6° ed. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1998. Tomo 1.
5. CURY U., Enrique. Derecho Penal: Parte General. 2° ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988-92. V 1 y 2.
6. DIEZ RIPOLLES, José Luis. La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. 1° ed. España, Bosch Casa Editorial S.A. 1985.
7. DONNA, Edgardo. Delitos contra la Integridad Sexual. 2° ed. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2005.
8. DONNA, Edgardo. Derecho penal: parte especial. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 1999-2003. Tomo II-B.

9. ETCHEBERRY O., Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. 3° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Reimpresión en 1999. V 4.
10. ETCHEBERRY O., Alfredo. Derecho Penal. Parte General. 3° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Reimpresión en 1999. V 1 y 2.
11. FONTAN B., Carlos. Delitos sexuales. 2° ed. Argentina, Editorial Arayú. 1945.
12. FONTAN B., Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, 10° ed. Argentina, Abeledo- Perrot. 1985.
13. GARRIDO M., Mario. Derecho Penal. 4° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. T 2 y 3.
14. GIMBERNAT O., Enrique. Estudios de Derecho Penal. 3° ed. Editorial Tecnos. 1990.
15. LABATUT G., Gustavo. Derecho Penal. 9° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990. V 1.
16. MUÑOZ C., Francisco, y GARCIA A., Mercedes. Derecho Penal: Parte General. 3° ed. España. Tirant Lo Blanch. 1998.
17. MUÑOZ C., Francisco. Derecho Penal: Parte Especial. 15° ed. España. Tirant Lo Blanch. 2004.
18. MUÑOZ C., Francisco. Derecho Penal: Parte Especial. 15° ed. España. Tirant Lo Blanch. 2004.

19. MUÑOZ C., Francisco. Derecho Penal: Parte General. 3° ed. España. Tirant Lo Blanch. 1998.
20. ORTS B., Enrique. Delitos contra la libertad sexual. 1° ed. España. Tirant Lo Blanch Alternativa. 1995.
21. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre, RAMIREZ G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2° ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005. V 1 y 2.
22. QUERALT J., Joan. Derecho Penal Español: Parte Especial. 4° ed. España. Atelier. 2002.
23. RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001.
24. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 2° ed. Argentina. Tipografía Editora Argentina. 1963. V 1 y 3.

Revistas Jurídicas

25. CARNEVALI R., Raúl. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. Gaceta Jurídica N°250, 2001.
26. CARRASCO J., Edison. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales. Revista Ius et Praxis, año 13, N° 2. Universidad de Talca. 2009.

27. GÓMEZ T., Manuel. Derecho Penal Sexual y Reforma Penal, Análisis desde una perspectiva político criminal. [en línea] Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n° 07-04. 2005. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf> > [Consulta: abril 2012].

Textos Legales

28. Código Penal Chileno

29. Código Procesal Penal Chileno

30. Código Penal Argentino

31. Código Penal Español

32. Código Penal Italiano

33. Código Penal Francés

34. Código Penal Peruano

35. Código Penal Colombiano

36. Código Penal Alemán

37. Ley N° 19.617, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

38. Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

39. Ley Nacional N° 25.087, Delitos contra la Integridad Sexual.

40. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

41. Ley Orgánica 11/1999, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

42. Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.