

Universidad de Chile
Facultad de Derecho

“ EL ESTUPRO, LA NUEVA FIGURA PENAL EN LA LEY
19.617”

Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de
Chile.

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar.
Departamento de Ciencias Penales.
Alumna: Gabriela Bárbara Vargas Rojas.

Santiago de Chile 2001.

A mis padres, a mi marido y a mis hijos.

INDICE:

Introducción.....6

CAPÍTULO PRIMERO: ESTUDIO DE LA HISTORIA DE LA LEY, EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTUPRO.

*I.- Referencia al antiguo tipo penal y su regulación
antes de la nueva ley 19.617.....8*

1.- Elementos del tipo
1.1.- Sujetos.....9
1.2.- Acceso Carnal.....9
1.3.- Doncellez de la víctima.....9
1.4.- Edad de la víctima.....10
1.5.- El engaño.....10
2.- El dolo en el delito de estupro.....11
3.- Iter criminis.....11
4.- Otras normas legales relacionadas con el delito de
estupro
4.1.- Circunstancias agravantes.....11
4.2.- Participación.....11
4.3.-Indemnización.....11
4.4.- Normas procesales y extinción de
la responsabilidad penal.....12

*II.- Historia de la Ley 19.617, en relación con el delito de
estupro.*

1.- Proyecto de Ley presentado por el Ministerio de
Justicia a la Cámara de Diputados. Primer trámite
Constitucional.....12
2.- Proyecto de Ley, aprobado por
la Cámara de Diputados.....14
3.-Segundo Trámite Constitucional.....17

4.- Proyecto aprobado por el Honorable Senado.....	20
5.-Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia acerca de las modificaciones introducidas por el Senado. Trámite en la Comisión Mixta.....	22
6.- Propuesta final de la Comisión Mixta.....	24
7.- Proyecto final aprobado.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTUPRO.

I.- <i>Derecho Penal Español</i>	27
1.- Código Penal Español.....	28
1.1.- Sujeto activo y pasivo.....	29
1.2. - Acceso Carnal.....	30
1.3. - Tipos de estupro	
1.3.1. - Estupro de prevalimiento. 30	
1.3.2. - Estupro de prevalimiento calificado.....	31
1.3.3.- Estupro fraudulento.....	32
2.- Consideraciones finales.....	34
II.- <i>Estudio del Derecho Penal Argentino</i>	35
1.- Análisis del tipo de estupro del Código de 1922.....	35
1.1. Bien jurídico protegido.....	36
1.2. Elementos del tipo penal	
1.2.1.- Acceso Carnal.....	37
1.2.2.- Sujeto Activo.....	38
1.2.3.- Sujeto Pasivo.....	38
1.2.4.- Honestidad del sujeto pasivo.....	38
1.3.- Estupro fraudulento.....	39
2.- El tipo penal de estupro según la ley 25.087.....	39

CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA IMPERANTE

1.- La problemática de los delitos sexuales.....	42
2.- Sexualidad y derecho.....	43

3.- Modelos históricos	
3.1.- El Modelo histórico de la teología moral escolástica.....	43
3.2.- El Modelo de la Ilustración.....	44
3.3.- El Modelo de la Codificación.....	44
3.4.- El modelo del reformismo.....	44
4.- El agresor y la víctima	
4.1.- El delincuente sexual.....	46
4.2.- La víctima.....	47

CAPÍTULO CUARTO: EL DELITO DE ESTUPRO EN LA LEY 19.617

1.- Definición legal.....	48
2.- Elementos del tipo	
2.1. Acceso carnal.....	48
2.1.1.- Incorporación de las tres vías (vaginal, anal o bucal).....	49
2.1.2.- Alcance de la penetración.....	50
2.1.3.- El medio de la penetración.....	50
2.2.- Sujetos del tipo	
2.2.1.- Sujeto activo.....	50
2.2.2. Sujeto pasivo.....	51
3.- Problema del concurso aparente de leyes penales.....	52
3.1.- El delito de estupro y el incesto	
¿Concurso aparente de leyes?.....	52
3.2.- Delito de Estupro y delito	
de Corrupción de menores.....	53
4.- El delito continuado de estupro.....	54
5.- El error en la edad de la víctima.....	55
6.- Hipótesis legales: Estupro de prevalimiento y por engaño.....	56
6.1.- Estupro de prevalimiento.....	56
6.1.1.- Artículo 363 n° 1 del Código Penal.....	57
6.1.2.- Artículo 363 n° 2 del Código Penal.....	59
6.1.3.- Artículo 363 n° 3 del Código Penal.....	60
6.2.- Estupro por engaño.....	61
7.- Elemento subjetivo del tipo.....	65
8.- Objeto jurídico protegido.....	65
9.- Estupro y violación: Semejanzas y diferencias	
9.1.- Semejanzas.....	68

9.2.- Diferencias.....	69
10.- Iter criminis.....	69
11.- Participación criminal.....	70
12.- Penas a aplicar.....	71
13.- Hipótesis especiales de agravación	
13.1.- Artículo 368 del Código Penal.....	72
13.2.- La circunstancia agravante del artículo 371 del Código Penal.....	72
13.3.- Fundamento de las agravantes.....	72
14.- Normas procesales más importantes relacionadas con el delito de estupro	
14.1.- De la acción Penal.....	73
14.2.- De la forma de apreciar la prueba.....	74
14.3.- En cuanto a las medidas cautelares.....	74
14.4.- En cuanto al secreto de la identidad de la víctima.....	75
14.5.- De la comprobación del hecho punible y de la identificación del delincuente.....	75
14.6.- De la diligencia de careo.....	76
14.7.- En cuanto a las tachas.....	77
15.- Otras normas legales modificadas de acuerdo a la nueva regulación penal	
15.1.- Alimentos.....	77
15.2.- Patria Potestad.....	78
15.3.- En cuanto a la guarda y otros derechos legales.....	78
15.4.- En cuanto a los beneficios de cumplimiento alternativo de la pena.....	79
Conclusiones.....	80
Bibliografía.....	82

INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo, tiene como objetivo analizar el nuevo artículo 363 del Código Penal, modificado substancialmente por la Ley 19.617, publicada en el diario oficial, el día 12 de Julio de 1999, y que contiene el delito de estupro. La creación de este nuevo cuerpo legal, tuvo en primera instancia sólo la intención de modificar algunos aspectos del delito de violación, sin embargo a lo largo de la discusión del proyecto, se visualizó la necesidad de realizar una reforma integral a nuestra legislación penal, en lo relativo a los delitos sexuales. Así, se comienza a discutir la modificación al tipo penal, conocido como estupro, el que resultaba ser inoperante, por cuanto los presupuestos previstos por el Legislador de la época (siglo XIX), no resultaban ser acordes con la realidad que vive el mundo de hoy. Durante la tramitación de la Ley, se tuvo en cuenta que las víctimas de los atentados sexuales no sólo eran mujeres, sino que también hombres, por lo que atendida la norma constitucional que consagra el derecho a la igualdad, se amplió el campo del sujeto pasivo, por lo que víctimas de estupro puede serlo cualquier persona. Unido a esto, se eliminó el término “doncella”, ampliamente discutido por la doctrina, pues algunos autores lo equiparaban con la “virginidad”, mientras que otros, lo asimilaban a la inexperiencia o ignorancia sexual.

Luego, el legislador definió el tipo penal, estableciendo que la acción típica es el acceso carnal. Esto fue un gran avance en la creación de la norma, pues antiguamente el artículo 363 del Código Penal, sólo castigaba a la persona que cometía estupro, no definiendo que se entendía como tal conducta.

Posteriormente y tras una discusión que duró, cerca de 6 años en el Congreso, se establecieron cuatro circunstancias, que indistintamente son constitutivas del delito materia de este estudio. Así, al estupro por engaño, se incorporó el estupro por prevalimiento, consagrado en la Legislación comparada.

Una vez establecido el nuevo tipo Penal, debió incorporarse una serie de otras normas, que dieran el respaldo necesario para así lograr la real vigencia del tipo penal, pues el cambio debía ser integral, y acorde con los objetivos esperados.

En el primer capítulo estudiaremos la historia de la Ley, antecedentes que se tuvieron presentes para dar pie a la reforma y a la creación de esta nueva figura penal. Continuaremos con el segundo capítulo, donde se

realizará un breve estudio a la Legislación comparada y en especial al artículo 434 del Código Penal Español, norma que sirvió de base para nuestro nuevo artículo 363.

En el capítulo tercero se dará una pincelada a la doctrina moderna y su visión en lo que a delitos sexuales se refiere, para así terminar con el último capítulo en el que me abocaré al estudio pormenorizado del artículo ya referido, definiendo los distintos elementos que conforman el hecho punible y sus distintas hipótesis legales.

Finalmente se expondrán las conclusiones que ha dejado el análisis presentado en este trabajo, junto con la impresión personal acerca de la labor legislativa.

CAPÍTULO PRIMERO:

ESTUDIO DE LA HISTORIA DE LA LEY, EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTUPRO.

I. - Referencia al antiguo tipo penal y su regulación antes de la nueva ley 19.617.

El antiguo artículo 363 del Código Penal, prescribía que el estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veinte, interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Posteriormente, dicho artículo fue modificado por el artículo 9º de la Ley 19.221 de fecha 1 de Julio de 1993, que rebajó el límite superior de edad de veinte años a dieciocho.

Este tipo penal, fue tomado del artículo 366 del Código Penal Español de 1850, y durante su discusión se acordó en la respectiva comisión redactora eliminar el término “seducción culpable”, que se había establecido originalmente, por el concepto de engaño, pues el significado de esta última palabra es preciso y conocido a diferencia del primero, de difícil determinación.¹

El Código no definía lo que se entendía por estupro, sin embargo se estableció por la doctrina y la jurisprudencia, que éste consistía en el acceso carnal a una doncella mayor de doce años y menor de 20, interviniendo engaño.

Se establecía, además, que el objeto jurídico protegido era el honor sexual, de acuerdo a los principios vigentes, y la voluntad sexual, por cuanto ésta se encontraría viciada por el engaño.

1.- ELEMENTOS DEL TIPO:

1.1.- SUJETOS:

En este delito, se distinguía claramente al sujeto pasivo, quien siempre era una mujer, pues la misma norma aludía al término de “doncella”, con los límites de edad, ya indicados y que el sujeto activo, siempre debía ser un varón.

1.2. - ACCESO CARNAL:

El que consistía, “en yacer”, según la doctrina mayoritaria, esto es, la penetración del miembro viril en orificio natural de la víctima, en forma de representar la cópula (o un equivalente de la misma).

1.3. - DONCELLEZ DE LA VICTIMA:

Respecto a esta circunstancia, la doctrina se encontraba dividida. Para algunos autores como Del Río² y Labatut³, era la condición de la mujer que no ha tenido relaciones sexuales, hecho que en la práctica era probada por los respectivos informes médicos legales, que concluían que la víctima, había sido recientemente desflorada.

Sin embargo, otros autores, como Etcheberry⁴, consideraban que la doncellez constituía un concepto distinto a la virginidad y a la honestidad, siendo la primera, un término sólo fisiológico, que se prueba cuando el himen se encuentra intacto, en cambio la honestidad se refiere a la observancia de las normas morales, en materia sexual, lo cual no se opone a que la mujer haya tenido anteriormente experiencias sexuales. Para este autor, la doncellez consistía en la ignorancia o al menos en la inexperiencia, en materia sexual, siendo por lo tanto la cualidad de la mujer, que no ha tenido relaciones sexuales, ni normales ni anormales, no voluntarias ni forzadas, lo que suponía en la mayor parte de los casos virginidad, pero no siempre ni necesariamente.

¹ Véase Verdugo Marinovic Mario: Código Penal concordado con Jurisprudencia y Doctrina. Tomo IV. Ediciones Encina. Página 154.

² Véase Del Río, Raimundo: Elementos del Derecho Penal. Editorial Nacimiento 1939. Página 315.

³ Véase Labatut Gonzalo: Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Página 233.

⁴ Véase Etcheberry Alfredo: Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Página 65 y 66.

1.4. - EDAD DE LA VICTIMA:

Se requería, con la última modificación legal realizada al respecto, que la mujer fuera menor de 18 años y mayor de 12. Para el legislador la mujer mayor de 18 años, tenía la madurez y conocimiento suficiente, para no dejarse engañar, siendo difícil la existencia de un engaño idóneo. Por otro lado, el acceso carnal con una mujer menor de doce años, en cualquier circunstancia, constituía violación.

1.5. - EL ENGAÑO:

Era una de las condiciones de existencia, del delito de estupro, la Jurisprudencia, señalaba, que no bastaba que los antecedentes suministren indicios de haberse consumado el acto, sino que debe probarse que la ofendida era doncella y que este acto lo ejecutó interviniendo engaño.

El engaño consiste en inducir a la mujer a formarse una falsa representación de la realidad, (error: hacer creer a una persona lo que no es, u obrar con ella de mala fe, haciéndole promesas sin intención de cumplirlas), y entre este error y el acceso carnal debe existir una relación de causa a efecto.

El engaño podía recaer sobre la naturaleza del acto sexual, o sobre la licitud del mismo, o sobre la identidad de la otra persona, o sobre los verdaderos propósitos del otro, etc.

Para algunos autores, como Labatut⁵, una de las formas más características de este tipo de engaño, es la promesa matrimonial no cumplida. Para otros autores, como Etcheberry⁶, esta circunstancia es una forma de seducción, pero no de engaño, pues para él la promesa no puede engañar a nadie, y la falsa representación de la realidad en que incurre la víctima, debe recaer en hechos presentes o pasados, pero no futuros. Para el referido autor, sólo constituiría engaño, si la promesa de matrimonio, se realizara montando una gran escena, haciendo creer la posibilidad de la inminencia del matrimonio, sin embargo, para él, aún sigue siendo dudoso, pues la ofendida sabe, que su acto igualmente es incorrecto desde el punto de vista de las buenas costumbres.

⁵ Véase Labatut Gonzalo: Ob. Cit. Página 233.

2.- EL DOLO EN EL DELITO DE ESTUPRO:

Este delito, podía cometerse con dolo directo o dolo eventual, caso este último por ejemplo, si se dudaba, de la edad o doncellez de la víctima, pero frente a esta interrogante, igualmente se ejecutaba la acción, aceptándose su resultado.

3.- ITER CRIMINIS:

El estupro se entendía consumado con el acceso carnal, y se consideraban actos de tentativa, los que preceden a la cópula y tiendan directa e inmediatamente a ella.

4.- OTRAS NORMAS LEGALES RELACIONADAS CON EL DELITO DE ESTUPRO:

4.1. - Circunstancias agravantes:

Se establecía que si la persona que hubiere cometido el estupro, era autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado o encargado por cualquier título de la educación, guarda o cuidado de la persona ofendida, se le impondrá la pena señalada al delito, en su grado máximo.

4.2. - Participación:

Se consignaba, en el artículo 371, una regla especial, en relación con la participación, pues se castigaban como autores, a los que con abuso de autoridad o encargo cooperen como cómplices a la perpetración de este delito.

4.3. - Indemnización:

Los condenados por estupro, eran obligados también por vía de indemnización a:

⁶ Véase Etcheberry Alfredo: Ob.cit. Página 67.

- a) Dotar a la víctima si fuere soltera o viuda.
- b) Dar alimentos congruos a la prole, que según las reglas generales fuere suya.

4.4. - Normas procesales y extinción de la responsabilidad penal.

El estupro, era un delito de acción penal privada, ya que sólo podía perseguirse por querrela de la persona ofendida, o de sus padres, abuelos o guardadores.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad penal, como regla general se encontraba el perdón de la ofendida, lo que era una consecuencia de su naturaleza de delito de acción privada. Como causal especial, se encontraba el matrimonio del ofensor con su víctima.

II.- HISTORIA DE LA LEY 19.617, EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTUPRO

1.- Proyecto de Ley, presentado por el Ministerio de Justicia a la Cámara de Diputados. Primer Trámite Constitucional.

En el proyecto, que presentó el Ministerio de Justicia, con fecha 3 de Agosto de 1993, a la Cámara de Diputados no se advierte ninguna modificación al delito de estupro. Sin embargo, luego de presentado el proyecto en cuestión, algunos señores diputados expresaron su interés por abordar otras figuras penales relacionados con delitos de índole sexual, sin que se aportaran en aquella oportunidad, acuerdos específicos sobre el particular.

Con posterioridad, dicha idea, fue recogida en la indicación presentada por el Gobierno de la época, (cuyo Presidente era don Patricio Aylwin Azócar) con fecha 6 de Diciembre de 1994, meses después de la aprobación general del proyecto (17 de agosto de 1994), con el propósito o finalidad de adecuar el delito de estupro, a fin de permitir, su efectiva vigencia, relacionándolo al abuso de superioridad o al engaño, circunstancias de las que pueden ser víctimas personas de uno u otro sexo, e incluso mayores de edad. La indicación aludida expresaba que la nueva normativa que modificaría substancialmente el delito de estupro, tenía como antecedente el artículo 434 del Código Penal Español, disposición que

contemplaba el estupro por prevalimiento, hecho punible no descrito por nuestra legislación, y cuyas conductas eran sancionadas a título de abusos deshonestos.⁷

Con este objetivo, la Comisión de Constitución, Legislación y justicia, propone a la Cámara de Diputados, en el primer trámite Constitucional⁸:

1. - Que se reemplace el epígrafe del párrafo 6 del título VII, del Libro II, del Código Penal, por el siguiente:

... “ del estupro, la corrupción de menores y otros delitos sexuales”

2. - Que se reemplace el artículo 363 por el siguiente:

“ Comete estupro, el que yace con mujer mayor de doce años o con varón mayor de catorce, y menor de dieciocho años, abusando de superioridad originada por cualquier relación o situación, o sirviéndose de engaño.

Será de aplicación en este delito lo prescrito en el artículo 362.”

3.- Se establecía como artículo 362 el siguiente:

“Será circunstancia agravante de la relación criminal, el que la víctima sea ascendiente, descendiente, o colateral hasta el segundo grado inclusive, del autor, o bien, que se trate de una persona que estuviere a su cuidado, o se encontrare en situación de dependencia.

Sin embargo, los diputados Sra. Saa, Prochelle y Rebolledo y Sres. Balbotín y Andrés Palma, estuvieron por reemplazar el artículo 363 por el siguiente⁹:

“Comete estupro el que tuviere acceso carnal, con persona mayor de 12 años y menor de 18, abusando de su superioridad originada por cualquier relación o situación o sirviéndose de engaño.”

Por lo que finalmente, la comisión propuso el siguiente nuevo artículo 363¹⁰:

⁷ Véase el Capítulo II de este trabajo, donde se analizará pormenorizadamente el artículo 434 del Código Penal Español, norma que como se verá, se encuentra derogada en la actualidad.

⁸ Véase Historia de la Ley 19.617. Compilación de Textos Oficiales del debate Parlamentario. Boletín n° 1048-07. Tomo I. Página 45 y 46.

⁹ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 60.

¹⁰ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 111.

“ El estupro, será castigado, con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Comete estupro, el que tuviere acceso carnal, con mujer mayor de doce años o con varón mayor de 14, y menor de 18 años, abusando de su superioridad originada por cualquier relación o situación, o sirviéndose de engaño.”

Presentado así, el proyecto, se establece en el debate parlamentario, que se sabe que la diferencia entre violación y estupro, consiste en que básicamente en la violación se dan las tres circunstancias del artículo 361, es decir, cuando se usa de fuerza o intimidación, que es la violencia propia, cuando la víctima se hallare privada del sentido, o cuando sea menor de edad, en el caso de los hombres, menores de 14 años, y en el caso de las mujeres menor de 12 años.

Ahora bien, se hace presente, que en el caso de la víctima que tenga más de 12 ó 14 años y menor de 18, la Comisión estimó que se está frente al caso del estupro, y cuando intervienen, ya sea, la superioridad del victimario, originada por cualquier relación o situación, o el engaño, que era la situación actual, que contempla el artículo correspondiente a este delito.

Por lo tanto, el delito se tipificó en doble sentido, 1º Que la víctima puede ser hombre o mujer, siguiendo la lógica del proyecto, y 2º que el estupro, tiene lugar, no sólo por el engaño, sino que también por abuso de superioridad entre victimario y víctima, no tratándose de cualquier tipo de superioridad.

2.- Proyecto de ley, aprobado por la Cámara de Diputados.

En dicha oportunidad se designó Diputado informante al señor Ignacio Walker Prieto, sin embargo en la respectiva sesión legislativa, informó el señor Elgueta¹¹, quien en relación con el delito de estupro expuso que al igual que la violación, se equipara en el proyecto aprobado por la Comisión, al hombre y la mujer. Se determina, la eliminación del concepto “doncella” y además se introduce el concepto de que el estupro puede cometerse abusando de la superioridad originada, por cualquier relación o situación. Agrega, que el meollo del proyecto, es establecer medidas para facilitar la denuncia por parte de los agredidos y permitir al Juez disponer de los medios probatorios y procedimientos para indagar, investigar y sancionar a los responsables, perfeccionando las figuras de estupro y

¹¹ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 67 y ss.

abuso sexual, con el objeto que éstos puedan efectivamente ser sancionados.

En cuanto al término yacer, muy discutido al abordar el delito de violación, la diputada Sra. Cristi, propuso cambiar el término yacer, por el acceso carnal, término que se da por configurado mediante la penetración sexual por vía normal o contra natura.

En una de las intervenciones realizadas, en la respectiva sesión, el Diputado Sr. Espina¹², es de parecer que el proyecto de este tipo penal, agrega un concepto que constituye una ley penal en blanco, al decir que comete estupro el que tuviere acceso carnal con mujer mayor de doce años o con varón mayor de catorce, abusando de superioridad originada por cualquier relación o situación; prestándose este tipo de normas para los mayores abusos, pues bien, ¿ Quien va a probar que existió abuso de superioridad?, discurre el Sr. Diputado, que si no se prueba no habrá delito, lo cual será problema de la sentencia definitiva; pero habrá una persona sometida a juicio. Plantea la hipótesis de un joven de 18 años que tiene una relación con una niña de 17 años, que se va a querellar, porque pelean durante el pololeo, y va a decir que hubo superioridad intelectual (el proyecto habla de superioridad originada por cualquier relación), que la indujo, que él era estudiante universitario, y ella “niñita” de colegio, en fin. Señala que la norma es un tipo penal abierto, donde el concepto de abuso de superioridad originada por cualquier relación puede referirse a que era un joven con mayor preparación, porque tenía estudios superiores y era más maduro. Todo ello genera una relación de superioridad.

Frente a esto, el diputado señor Estévez¹³ plantea que al momento de redactar esta norma, la idea era que la superioridad se refiriera a una relación o situación. En una relación, dicha superioridad puede ser casi sinónima de autoridad, como la de un profesor, un superior en el trabajo etc., sin embargo, éste último concepto no se utilizó, pues se puso el ejemplo de la superioridad física que, si bien no se ejerce con violencia, se impone por la propia presencia de la persona.

Retoma la palabra el Diputado Espina, indicando que, si hay abuso físico, hay intimidación y por lo tanto violación, y que si existe superioridad, se está en presencia del delito de acoso sexual (agregado en el Proyecto), siendo por tanto innecesario este último concepto. Agrega que el concepto de estupro esencialmente se refiere al engaño, cuando una persona monta un ardid y en un momento determinado le señala que la

¹² Véase Historia de la ley 19.617. Ob Cit. Página 149.

razón por la cual quiere convivir con ella es porque existe una relación afectiva de fondo, cuando en realidad, no hay otra motivación que la de querer abusar sexualmente. El estupro tradicionalmente fue un delito, una “especie de violación”, cometida mediante engaño y no con intimidación o fuerza.

A raíz de esto interviene la Sra. Alvear (Ministro de Justicia de la época)¹⁴, quien aclara que para que proceda la norma respectiva, es necesario que el sujeto activo se encuentre en una verdadera situación de superioridad respecto de la víctima, que le reporte una ventaja o ascendiente para cohabitar con ella, y que la aproveche abusando de ella, instrumentalizando a tal fin, ya que el acceso carnal ha de ser el resultado de dicho prevalimiento.

Posteriormente interviene el Diputado Balbontín¹⁵, quien señala que no comparte el criterio del diputado Espina, por cuanto a su parecer, el problema apunta fundamentalmente al uso de la capacidad de presión ilícita por parte de padrastros, profesores o personas que abusan de su condición para causar el daño, que se trata de evitar que por esta vía de usar la superioridad se logre también la impunidad, porque la víctima, dada la condición de quien ejecuta dicho acto, se debe quedar callada.

Luego interviene el Diputado Elgueta¹⁶, quien indica que existe abuso de superioridad, cuando la víctima le reconoce al agresor o atacante un carácter tan especial que le infunde temor o respeto exagerado y, en consecuencia, en determinado momento puede llegar a temer la pérdida de alguna ventaja o beneficio que ella cree tener, en especial cuando el hecho se desarrolla, como se ha dicho, en el ámbito familiar. Argumenta que si se habla de estafa en relación con la ofensa al patrimonio económico, el estupro vendría a ser esta especie de estafa sexual donde existen ambos elementos.

Más tarde y terminada la intervención, se logra el respectivo acuerdo de la Sala para votar la disposición por separado, por tanto finalmente, la Cámara de Diputados aprueba el nuevo artículo 363 del Código Penal, pero eliminando la frase “abusando de superioridad originada por cualquier relación o situación”.

Por lo tanto el proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados, con relación al delito de estupro quedó de la siguiente manera:

¹³ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 150.

¹⁴ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 151.

¹⁵ Véase Historia de la ley 19.617. Ob. Cit . Página 151.

¹⁶ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 152.

Artículo 363: “ El estupro será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Comete estupro el que tuviere acceso carnal con mujer mayor de doce años o con varón mayor de catorce, y menor de dieciocho años, sirviéndose de engaño.

3. - Segundo Trámite Constitucional: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados, que modifica el Código Penal, en lo relativo al delito de Estupro.

Se sostiene en dicho organismo, que el proyecto de ley aprobado en el primer trámite constitucional, guarda escasa similitud con el propuesto por el Ejecutivo en su Mensaje, ya que ha pasado a ser una reforma parcial de los tipos delictivos contenidos en el Código Penal, como resultado de un crecimiento por acumulación de mociones análogas o indicaciones puntuales, que carece de la necesaria coherencia interna. Se sugiere replantear la reforma, para lo cual se propone definir las coordenadas de la protección genérica de la libertad, e introducir en el derecho penal común la reforma completa de los delitos sexuales, y adecuar la legislación especial.

La Comisión planteó que la reforma debería ser integral, o, en cambio, de carácter mínimo, centrada en facilitar la persecución de las agresiones sexuales, mediante el perfeccionamiento de los tipos penales correspondientes. En síntesis, los Senadores integrantes de la Comisión concluyeron que, si bien, es necesaria una reforma integral de nuestro Código Punitivo, no era posible abordarla en dicha oportunidad, por lo que el proyecto de ley, deberá retomar su sentido original de reforma penal mínima, destinada a revisar la tipificación de las distintas conductas y las relaciones que guardan entre sí, a fin de delimitarlas de la forma más clara posible, poniendo énfasis en la protección de la indemnidad sexual y la normalidad del proceso de desarrollo sexual de los menores.

Por lo que la Comisión, integrada por los senadores Fernández, Hamilton, Larraín y Otero, aprobaron por unanimidad el siguiente proyecto de ley, en lo que se refiere al delito de Estupro ¹⁷:

¹⁷ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 217 y 218

1. - Reemplaza el epígrafe del párrafo 6 del título VII, del Libro II, como “ del estupro y otros delitos sexuales”, pues a su parecer, dicha frase abarca más apropiadamente las distintas figuras que configuran el párrafo.

2. - La Comisión observó en relación con el artículo 363, aprobado por la Cámara de Diputados, que se hace extensivo el delito de estupro a todos los menores púberes, hombres y mujeres, aceptando el acceso carnal por cualquier vía, de acuerdo al criterio adoptado para la violación, pero repite la norma vigente en cuanto exige engaño como forma de comisión del delito.

Sobre el particular, reflexionó que la sanción del engaño, más allá del error sobre la naturaleza sexual de la conducta, es improcedente, y no representa un peligro social serio, dado el nivel de información de que disponen actualmente los jóvenes acerca de la sexualidad. El reproche que cabe hacer primordialmente, es por el abuso de una posición de superioridad, por la especial condición en que pueden encontrarse los adolescentes frente a personas experimentadas sexualmente.

Se expresa, que la protección de libre desarrollo sexual del menor púber debe ser especial frente a la de los adultos, respecto de los cuales las formas menos graves de abuso quedarán impunes o, en todo caso, se sancionarán conforme a otras normas punitivas de mayor entidad.

Se destaca, sin embargo, que la vulnerabilidad particular de la víctima se relaciona con su edad y su inexperiencia sexual, por lo que no debería ser punible, a título de estupro, el abuso de una persona menor de edad pero que esté casada o conviva con otra, la que ha de entenderse equiparada a los adultos para los efectos de la protección penal. A su vez, no pareció conveniente incorporar otros casos en que medie experiencia sexual previa de la víctima, porque podría llegar a ventilarse en juicio su vida privada o que tenga que probar su inexperiencia en esta materia, transformándola en sujeto de juzgamiento. Por lo mismo, se prefirió no incluir estos elementos en la descripción del tipo penal, sino en una norma separada.

La Comisión juzgó conveniente, por otro lado, precisar el concepto de abuso, distinguiendo tres hipótesis ¹⁸:

¹⁸ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 218

a.- La primera, es el abuso de una anomalía o perturbación mental no constitutiva de incapacidad de autodeterminación, es decir, un supuesto menos grave que la circunstancia correlativa del delito de violación.

b.- La segunda, recoge el concepto de una posición de superioridad del autor, o lo que es lo mismo, de una relación de dependencia de la víctima, conocida como estupro de prevalimiento, supuesto que corresponda a la idea originaria del delito de estupro, que contemplaba el Código Penal español de 1850 y que fue suprimido como medio comisivo del estupro por la comisión redactora de nuestro Código Penal. Se ha utilizado una fórmula precisa, consistente en abusar de una relación de dependencia originada en el hecho de encontrarse el culpable encargado de la custodia, educación o cuidado de la víctima; o bien en una relación laboral.

c.- La tercera y última, recoge el concepto de explotación, sancionando como estupro el abuso de una situación de necesidad de la víctima, que se ha caracterizado como grave desamparo.

Se hace notar que las conductas incluidas en los tres numerados reseñados eran a la fecha, constitutivas de delito, específicamente abusos deshonestos menos graves, en la medida que son acciones sexuales realizadas con otra persona mediando abuso. Por consiguiente, la ampliación del delito de estupro no sanciona conductas que eran impunes, sino que corrige el título de incriminación y la cuantía de la pena.

En concordancia con lo resuelto para el delito de violación, se acordó describir la conducta típica como el acceso carnal, por vía vaginal o anal, a una persona menor de edad, pero mayor de doce años, si es mujer, o de catorce si es hombre, concurriendo algunas de las hipótesis señaladas en los numerados ya comentados.

En cuanto a la penalidad, se redujo a los dos grados superiores actuales, esto es, reclusión menor en sus grados medio a máximo, por razones de proporcionalidad con las otras figuras típicas que se contemplan más adelante. En resumen el nuevo artículo 363 del Código Penal, propuesto por la Comisión al Senado quedó redactado ¹⁹:

¹⁹ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. CCit. Página 249.

Artículo 363: Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal o anal, a una mujer menor de edad pero mayor de doce años o a un varón menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, originada en el hecho de encontrarse el agresor encargado de su custodia, educación o cuidado, o bien en una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4. - Proyecto aprobado por el Honorable Senado:

Se presentó una indicación renovada que sugería sustituir el numeral 2º del artículo 363 por el siguiente:

“ Cuando se abusa de una relación de subordinación o dependencia con la víctima, en razón de encontrarse el agresor en una relación laboral o legalmente encargado de la custodia, educación o cuidado de la víctima”.²⁰

El Senador Otero manifestó que tal indicación fue rechazada por la Comisión, por cuanto, deja sin protección al menor, pues al decir, que el agresor debe ser “legalmente encargado”, se refiere a aquellas personas a las cuales, de acuerdo con la ley, les corresponde tal función, o a las que algún trámite judicial, habido, les ordena hacerse cargo de la tuición o custodia del menor. Agrega que la Comisión en cambio, aprobó el término “encargado”, sin la palabra legalmente, es decir cualquiera que sea la razón por la cual la tiene a su cargo, esa persona cae en este tipo. Afirma que si se establece “legalmente encargado”, se estaría restringiendo el alcance de la norma.

Posteriormente interviene el Senador Urenda²¹, quien expone que la diferencia de la norma que se propone en reemplazo, radica en que, por un lado, agrega un concepto más amplio al referirse a “subordinación o dependencia”. Ello podría inducir a considerar que ciertas relaciones, especialmente en el ámbito laboral, no estarían normalmente

²⁰ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 292.

comprendidas, debido al concepto de dependencia. En consecuencia, desde ese punto de vista, la indicación rechazada agrega un concepto que permite quizá ampliar su ámbito de acción. Expone, que el segundo problema, es de tal vez de técnica legislativa, porque, al no usarse la expresión “legalmente” u otra de orden equivalente, existe el temor de estar estableciendo un delito abierto, que nuestra Constitución rechaza expresamente. Por ello, se ha querido utilizar un lenguaje más preciso en cuanto a que esté la persona desde algún concepto, por una razón de orden legal, bajo la dependencia o subordinación de alguien. Tal es el fundamento de la indicación.

Posteriormente interviene el Senador Zaldívar²², quien es de parecer, que el encargo, no sólo se produce desde el punto de vista de una vinculación legal, pues puede suceder, que en un momento dado, en un colegio se encargue a una persona el cuidado de los menores, y que ella cometa el acto que se está tipificando. Entiende que el término “encargado”, si bien es amplio, es preciso, y deberá determinarse que ha estado a cargo. Por eso estima que es conveniente el retiro de la indicación, porque no cumple con el objetivo cuya explicación se ha dado.

Finalmente se vota en contra de la indicación aludida.

Así las cosas el Senado terminó por separar el delito de estupro en dos normas²³, aprobando un nuevo artículo 362-A:

“El que accediere carnalmente, por vía vaginal o anal, a una persona mayor de doce años pero menor de catorce, abusando de su falta de capacidad de autodeterminación sexual, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo”.

Esta disposición pretendía brindar una protección especial a los menores durante la pubertad, edad en que aparecen especialmente vulnerables, al cubrir casos que pueden estar entre la violación y el estupro, y obedece a dos órdenes de consideraciones. Por una parte, al hecho de que, al fijarse para hombres y mujeres la edad de hasta doce años como aquella que hará que el acceso carnal a ellos configure violación, cualquiera sea la circunstancia, se genera una desprotección relativa para los varones, que en aquella oportunidad (en virtud de la modificación que introdujo en 1972 la Ley nº 17.727 al delito de sodomía en el artículo 365 del Código

²¹ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 293.

²² Véase Historia de la Ley 19.617. Ob. Cit. Página 293.

²³ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 320 y 321.

Penal) están amparados hasta los catorce años. Por otro lado, el hecho de que, al pronunciarse el Senado consideró que el engaño, dado el nivel de información sobre la sexualidad de que disponen actualmente los jóvenes, no era una circunstancia de tanta relevancia social que justifique reprocharla penalmente. En esa medida, el honorable Senado resolvió establecer en esta norma una hipótesis de estupro de seducción abusiva, que proteja tanto a varones como a mujeres que se encuentran en la edad del despertar de la sexualidad, que va desde los doce hasta los catorce años de edad.

Luego un nuevo artículo 363: “ Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal o anal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes;

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, originada en el hecho de encontrarse el agresor encargado de su custodia, educación o cuidado, o bien, en una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

5. - Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley, acerca de las modificaciones introducidas por el Senado. Trámite en la Comisión Mixta.

Se estudia en primer lugar el nuevo artículo 362-A, disposición que sanciona al que accediere carnalmente a persona mayor de doce años, pero menor de catorce años de edad, abusando de su falta de capacidad de autodeterminación, con reclusión menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años).

El señor Troncoso (jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia) explicó que esta disposición considera un delito especial al acceso carnal a persona mayor de doce años pero menor de catorce años de edad, abusando de su falta de capacidad de autodeterminación.

La Diputada señora Guzmán manifestó que no entiende la razón que se tiene para crear tantos tipos distintos para una conducta

semejante. Le pareció que era más claro que se estableciera que hay violación en el caso del acceso carnal a persona menor de doce años.

El Diputado señor Bustos dijo que estaba de acuerdo con la Diputada señora Guzmán, porque se producirá el problema de definir autodeterminación sexual, que es un concepto vago. Se producirán problemas interpretativos y, como las penas son altas, los jueces tenderán a no aplicar la norma y sancionar con la pena de menor gravedad. En lugar de proteger a los menores, el resultado es que se distorsiona el sistema y se los desprotege. Estimó que debe ser rechazada la proposición del Senado.

El Diputado Sr. Espina, expresó que debe tenerse presente que si en la relación sexual sea ésta voluntaria o involuntaria, participa un menor de doce años se presume violación. Estuvo de acuerdo en que esta disposición confunde, porque se agrega una categoría en la que se debe determinar la falta de capacidad de autodeterminación.

Con estas indicaciones, se acordó por unanimidad de los señores diputados recomendar a la Corporación su rechazo ²⁴.

Más tarde se procedió a discutir el artículo 363, que se refiere al delito de estupro, que consiste en el acceso carnal a una doncella mayor de doce años y menor de dieciocho, interviniendo engaño.

En cuanto al nuevo artículo 363 aprobado por el Senado, el diputado Sr. Bustos señaló que, en general, se consideran dos tipos de estupro. El primero corresponde al de prevalimiento, que es donde existe abuso de la posición de autoridad que tiene una persona sobre otra, comprendido en la proposición del Senado. El segundo, es aquél donde hay engaño, que no es considerado por el Senado, y no se explica por qué lo eliminó.

Agrega que si se obtiene una redacción que reúna el estupro de prevalimiento y el realizado con engaño, se soluciona el problema de incluir los casos graves de acoso sexual, debiéndose regular los casos menos graves por la legislación laboral. Luego para obtener la redacción adecuada de la norma, según lo expuesto, debe proponerse el rechazo de la proposición del Senado.

La Diputada Sra. Guzmán aclaró que el acoso sexual es considerado por el Senado en el artículo 366.

El Diputado Sr. Bustos señaló que prefería que fuera regulado junto al estupro por prevalimiento.

²⁴ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 353 y ss.

El Diputado Sr. Coloma preguntó al Diputado Sr. Bustos cómo ha sido interpretado por la Jurisprudencia el concepto de engaño.

El Diputado Sr. Bustos respondió que, en general, ha sido interpretado de manera amplia, según la idea de falta de determinación, que es la que utiliza el Senado en el artículo anterior. Corresponde a los casos en que se ha actuado por ingenuidad.

La Diputada Sra. Guzmán dijo que en la Comisión mixta debe agregarse que el estupro también se puede cometer por vía oral, por cuanto se debe tener en consideración que el estupro es un atentado contra la libertad sexual de la persona, de tal forma que para el sujeto pasivo, el acceso carnal anormal representa una experiencia de orden sexual, e incluso sensaciones de este orden. Además de los órganos genitales, la boca, es una zona erógena, susceptible de ser excitado sexualmente.

La Diputada Srta. Sciaraffia manifestó que el límite de edad puede aumentarse a catorce años, de modo que el estupro bajo esa edad, pase a ser violación.

El Diputado Sr. Espina señaló que debe tenerse cuidado con esta última proposición, porque comprende las situaciones que involucran a las parejas jóvenes o “pololos”.

Finalmente se acordó recomendar su rechazo.

6.- Propuesta final de la Comisión Mixta.

En materia de estupro la comisión propuso extender a toda persona que tenga entre doce y dieciocho años la calidad de eventual víctima del delito de estupro, y no sólo a las doncellas que tengan entre esas edades como se exigía a la época; señalar que la conducta consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; precisar que el engaño debe traducirse en un abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual; agregar nuevas circunstancias abusivas que serán constitutivas de estupro, y eliminar el grado inferior de la pena, dejando subsistentes los dos superiores.

En cuanto a la revisión de las circunstancias constitutivas del delito de estupro, acogió en los mismos términos las establecidas por el Senado en los numerados 1º y 3º, esto es, el abuso de una anomalía o perturbación mental de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno (lo que constituiría violación), y el abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

Respecto de la circunstancia 2^a , cual es el abuso de una relación de dependencia de la víctima, originada en el hecho de encontrarse el agresor encargado de su custodia, educación o cuidado, o bien en una relación laboral, prefirió darle a esa enumeración un carácter simplemente ejemplar y no taxativo, para comprender cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no.

Fue objeto de un extenso debate la inclusión del engaño, circunstancia desechada en el segundo trámite constitucional. La mayoría de los integrantes de la Comisión Mixta, prefirió conservarla como circunstancia constitutiva de estupro, por entender que tiene importancia, si la figura gira alrededor del concepto de autodeterminación sexual, sancionar el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene la madurez suficiente para apreciarla. Tuvo en cuenta que ciertos fallos de antigua data, recaídos en causa sobre raptó y estupro, estiman que el engaño puede consistir en una promesa de matrimonio, y que otros en cambio, no la consideran suficiente sino van acompañada de otras maniobras o artificios.

Puesta en votación la idea de incluir el engaño como circunstancia constitutiva del estupro, y enfocado hacia la significación sexual de la conducta, se aprobó por seis votos a favor y una abstención.

La Comisión aceptó que, en la medida en que se trata de equiparar el engaño a los casos de abuso, aquél debe tener una incidencia especialmente significativa en la libertad sexual. Desde este punto de vista, el compromiso posterior de vida conjunta o de matrimonio que se relacione con el acto sexual son expectativas de la persona afectada, y no configuran una lesión de su libertad sexual. En este sentido se recoge el planteamiento del Senado, de enfrentar el engaño mediante un tipo especial, que fuera el abuso de la inexperiencia sexual, situación en la que el consentimiento es manipulado por el mayor de edad respecto del menor. Estimó además la Comisión, que el engaño sobre la significación sexual de la conducta sólo puede ocurrir cuando la víctima es una persona susceptible de ser engañada sobre ese punto, sea por su ignorancia o por su inexperiencia.

La figura que se quiso describir es la de una persona menor, sexualmente ignorante o inexperta que se enfrenta con un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para llevarlo a una interacción sexual. Tal conducta obedece para el sujeto activo a la satisfacción de sus

impulsos sexuales, pero para el menor no tiene ese mismo sentido, porque se ha manipulado su voluntad, y ahí radica el abuso.

El engaño por tanto, consiste en una modalidad precisa de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual²⁵.

7.- Proyecto final aprobado:

Reemplácese el **artículo 363**, por el siguiente:

Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. - Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.
2. - Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor, está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.
3. - Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
4. - Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

²⁵ Véase Historia de la Ley 19.617. Ob.Cit. Página 502.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, EN RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTUPRO.

I.- DERECHO PENAL ESPAÑOL.

En nuestro primer capítulo, relacionado con el estudio de la historia de la ley 19.617, se hizo referencia al artículo 434 del Código Penal español, cuya norma fue tomada como base para la creación de nuestro nuevo tipo penal, contemplado en el artículo 363.

Se debe dejar en claro que la primera norma referida no se encuentra vigente en la actualidad en la legislación española, por cuanto ésta, ha sufrido profundas modificaciones en los últimos años. Así en 1995 entró en vigencia el nuevo Código Penal Español, en cuyo libro II, título VIII, se regulan los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, divididos en seis capítulos, artículos 178 a 194. Luego este título ha sido modificado por la Ley orgánica 11/1999, de fecha 30 de Abril, donde se revisan los diferentes tipos de delitos contra la libertad sexual a fin de garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, reintroduciendo el delito de corrupción de menores, reformando los tipos delictivos de abuso sexual, ampliando las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, así como el delito de acoso sexual y revisando los delitos de tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual y el sistema de penas. El bien jurídico continua siendo la libertad sexual. Desaparecen del Código actual términos como violación y estupro que son sustituidos por otros, como agresión sexual y abuso sexual. También desaparecen delitos como el rapto y el rufianismo. El rapto sería ahora un delito contra la libertad y si además se atentare contra la libertad sexual, estaríamos ante dos delitos: uno contra la libertad y otro contra la libertad sexual. Se crea un nuevo delito: el acoso sexual.

La protección de la libertad sexual se evacua a través de la prohibición de los siguientes comportamientos:

- a.- Agresiones sexuales,
- b.- Abusos sexuales,
- c.- Acoso sexual,
- d.- Exhibicionismo y provocación,

e.- Conductas relativas a la prostitución y la corrupción de menores.

El criterio fundamental de distinción entre la agresión sexual y el abuso sexual es la existencia o no de violencia o intimidación. Por tanto hay que olvidarse de si hay la clásica violación, si hay coito o no hay coito. Toda la distinción clásica de la gravedad fundamentada en la violación por un lado, y los otros delitos por el otro, desaparece en el Código Penal nuevo.

Sin embargo, nuestro estudio se abocará a la antigua norma, (aquella creada, mediante una reforma realizada en el año 1989), pues ésta representa, como ya se ha indicado, un antecedente para la creación de nuestro nuevo tipo penal.

1.- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:

El delito de estupro, se encontraba regulado en el título IX, capítulo tercero, artículos 434 y 435 , del Código Penal español, título que regulaba los delitos contra la honestidad.

El artículo 434 contemplaba²⁶:

“La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor.

La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado.”

El artículo 435, por otra parte indicaba:

“Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho. En este caso la pena será de arresto mayor”

En el Derecho Penal Español, el estupro consiste, conforme a la regulación positiva ya referida, en tener acceso carnal con otra persona de edad comprendida entre los doce y los dieciocho años, por medio del engaño o del prevalimiento de una posición de superioridad. Se contemplaban tres hipótesis de estupro: El Estupro de prevalimiento, el estupro agravado o incestuoso y el estupro fraudulento.

²⁶ Código Penal Español. Edición anotada a cargo del Doctor J.M^a Escrivá. Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Casa Editorial, Bosch S.A.

La doctrina española establece que en este tipo de delitos el sujeto pasivo no ve anulada su capacidad de decisión, ni se encuentra imposibilitado de consentir válidamente, sino que se presta por propia voluntad al acceso carnal o a otros contactos sexuales, si bien con la voluntad viciada.²⁷

1.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO:

Se consideraba en forma unánime, que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos en este delito, pues en los artículos 434 y 435 se castigaba : “ a la persona que tuviere acceso carnal con otra”, y que la palabra acceso carnal equivale a realizar el coito y no a penetrar sexualmente a otro, en consecuencia si tanto el hombre como la mujer son aptos para realizar el coito, tanto el hombre como la mujer pueden ser autores de un delito de estupro. Esta posición tenía sus detractores, entre los que se cuentan a Rodríguez Ramos²⁸, quien sostuvo, que tras la reforma de 1978, sujeto activo, sólo puede seguir siendo el hombre por ser el único capaz de protagonizar un acceso carnal, mientras considera que sujeto pasivo puede serlo tanto un hombre como una mujer.

En principio, sujeto pasivo puede serlo cualquier persona mayor de doce años y menor de dieciocho, y que estas edades son topes cronológicamente inamovibles, no susceptibles de ser dilatadas para abarcar a quien ya las ha cumplido, todo esto, en orden a la seguridad jurídica.

En lo que respecta a este punto una sentencia de 1982, dictada por el Tribunal Supremo Español, precisa que la edad está puesta en función de un criterio puramente cronológico o biológico, razones que llevan a concluir que cuando la estuprada no esté comprendida en la edad de más de doce años y menor de dieciocho, el acceso carnal resulta atípico, a no ser que pueda integrarse en otra figura y que en consecuencia, no puede equipararse edad física o cronológica con la mental.²⁹

Fue debatido si sujeto activo y pasivo debían de pertenecer a sexos opuestos o si, por el contrario, podían pertenecer al mismo, una vez aceptada la indiferenciación del primero. Se llegó a la conclusión que los sujetos del delito de estupro habrán de observar la misma correspondencia que se daba en los sujetos del delito de violación, esto es, si sujeto activo

²⁷ Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la Libertad sexual. Editorial Tirant, Lo blanch, Valencia 1995. Página 222.

²⁸ Orts Berenguer, Enrique. Ob.Cit. Página 223.

²⁹ Sentencias del Tribunal Supremo Español, de Octubre de 1982, citada en Orts Berenguer, Ob. Cit. Página 225.

es hombre , el pasivo puede ser hombre o mujer, en cambio , si sujeto activo es mujer, el sujeto pasivo solamente puede ser hombre.

1.2.- ACCESO CARNAL:

En el Código Español, se habla como verbo rector del delito al “acceso carnal “, a secas, sin diferenciar las vías, por medio de las cuales se puede realizar este acceso, lo que no sucede, con la norma que contempla el delito de violación , que también supone acceso carnal, pero específica tres distintos tipos de vía, por consiguiente, y haciendo una interpretación armónica de la ley, quedaban incluidas todas las relaciones hetero y homosexuales, entendiéndose por acceso carnal el coito vaginal, anal y oral.

1.3.- TIPOS DE ESTUPRO

1.3.1.- ESTUPRO DE PREVALIMIENTO

En esta variedad de estupro, la ratio de la incriminación se localiza en el hecho de que el sujeto pasivo otorga su consentimiento para el acceso carnal, cuando su capacidad de decidir ha sido recortada, no cuando ha sido anulada o no existe real o presuntamente como acontece en la violación. El legislador español protege la libertad sexual en los procesos de formación de la voluntad, suponiendo al sujeto pasivo semi incapaz para ejercitarla.³⁰

La conducta típica , se completa junto al acceso carnal, con la circunstancia de prevalimiento. Para la doctrina española tres son los componentes del prevalimiento: una relación o situación que afecte a los sujetos activo y pasivo; que de dicha relación o situación derive una posición de superioridad del primero sobre el segundo; y que el sujeto activo se aproveche de ello para copular con el pasivo. El primer presupuesto, es la existencia de una relación o situación entre sujeto activo y pasivo, de tal naturaleza, que coloque a aquél en una posición ventajosa para influir sobre la decisión que pueda adoptar el otro, sin esa desigualdad, el delito de estupro no es factible. Luego viene el elemento de la superioridad, por cuanto el autor del delito ha de tener un ascendiente sobre la víctima, que puede provenir de circunstancias diversas, siendo esencial

³⁰ Véase Orts Berenguer Enrique. Ob. Cit. Página 230.

que la superioridad exista, porque si está ausente falta el presupuesto insoslayable del delito y el acceso carnal, y si tiene lugar sería atípico; por último se deja en claro que concurrido ambos requisitos, se debe agregar que la posición de ventaja del sujeto activo, debe ser aprovechada por éste, instrumentalizándola a tal fin, que el acceso carnal ha de producirse como resultado de este prevalimiento.

Este último elemento es indispensable, para configurar el tipo, así también lo ha entendido la jurisprudencia de los Tribunales españoles, estableciéndose en una sentencia de fecha 28 de junio de 1991, que ...” La notoria diferencia de edad entre el agente y la ofendida es susceptible de generar, por sí sola la desigualdad de la que puede prevalecerse el primero. Ahora bien, esta última afirmación jurisprudencial, cuyo acierto y validez no cabe ahora poner en duda, no debe llevar a pensar, sin embargo, que el mero dato objetivo de la diferencia de edad (por importante que ella sea) baste para integrar el acceso carnal en el tipo delictivo del artículo 434 del Código Penal, pues siempre será preciso que aquel desnivel y la consiguiente disparidad entre la madurez de uno y otro hayan sido aprovechadas por el presunto ofensor para obtener un consentimiento que de otra forma no se hubiere logrado, lo que significa que si dicho consentimiento ha sido libre y espontáneamente otorgado, con una libertad acaso imperfecta por la escasa edad de quien la ejercita, pero en modo alguno conscientemente viciada por quien recibe la oferta, no será posible considerar como autor de un delito de estupro con prevalimiento al que, accediendo a los requerimientos de quien, pese a su pronunciada juventud, ha tenido la iniciativa en la aproximación erótica de los dos, de nada se ha prevalido, en rigor, para tener acceso carnal con quien lo requiere.”³¹

1.3.2.- ESTUPRO DE PREVALIMIENTO CALIFICADO: INCESTO

El artículo 434 inciso 2º, contenía un tipo agravado, cuando el prevalimiento de superioridad se comete por ascendiente o hermano del estupro, considerándose como rasgo distintivo de esta figura, la relación de parentesco. Esta figura fue incluida en este acápite en el año 1978, y su fundamento estuvo en la mayor facilidad que para el sujeto activo representa la convivencia o las relaciones de dependencia económica o educativa, con la consiguiente restricción de libertad del sujeto pasivo, sin

³¹ J.J. Begué Lezaún: Delitos contra la Libertad e indemnidad sexuales. Editorial Bosch S.A. España 1999. Página 95 y 96.

embargo el bien jurídico protegido es el mismo, lo único que hay es un prevalimiento de una relación familiar.

1.3.3.- ESTUPRO FRAUDULENTO

Elemento primordial y distintivo de este tipo de estupro es el engaño, del que el sujeto activo se vale para obtener la voluntad del pasivo y así tener acceso carnal con él. Otras dos diferencias con la figura del artículo 434 es la rebaja de edad del límite superior del sujeto pasivo y la menor gravedad de la sanción.

La jurisprudencia y en ocasiones la doctrina adoptaron interpretaciones muy peculiares, en lo que respecta a las situaciones que podrían considerarse fraudulentas, así se consideró, por ejemplo, que el engaño se lograba a través de la promesa matrimonial, dada la especial capacidad que ésta posee para impulsar a la víctima al acceso carnal, dejando fuera entre otras, la falsa promesa pecuniaria. Por otra parte, no se consideraba relevante el ánimo del sujeto activo al momento de engañar a la víctima, sino que lo importante era si efectivamente luego el autor, de un modo voluntario, no cumple la promesa.³²

Como elemento clave, en esta figura delictiva está el engaño, que en este caso, es la concreción de un proceso de seducción, mediante el cual se traslada al ánimo de otro a una creencia errónea que le predispone a tener acceso carnal con el autor de aquel, y de una eficacia tal, que de no haberse urdido, el mencionado acceso carnal no hubiera tenido lugar. El sujeto pasivo tiene que resultar efectivamente engañado, viendo enturbiada su facultad de autodeterminación; en otro caso, si la supuesta víctima se percata de la impostura y, no obstante cohabita con su pretendido seductor, no ha habido engaño, y por consiguiente no ha habido estupro. La víctima ha de prestarse al acceso carnal con la voluntad no espontáneamente formada, sino viciada por las maquinaciones del sujeto activo, hasta el punto de que si hubiera fallado ésta, el yacimiento no se habría verificado.³³

Una de las formas más comunes de este engaño es la promesa de matrimonio, la que puede realizarse de una manera expresa o tácita, sin embargo no basta, a entender de la doctrina, que exista sólo esta, pues además debe agregársele el ánimo de formular la promesa con la intención de no cumplirla, utilizar ésta, sólo como una de las maneras de conseguir

³² Véase Díez Ripollés, José Luis: La protección de la Libertad sexual. Casa Editorial Bosch S.A. Barcelona, 1º Edición. 1985. Página 76

³³ Orts Berenguer, Enrique. Ob.Cit. Página 251

el consentimiento de la víctima al acceso carnal. Esta hipótesis ha de ser previa a este último y realizada de tal forma que resulte verosímil, de manera tal, que el sujeto pasivo pueda razonablemente creerlos. Por consiguiente, la promesa de matrimonio dada con posterioridad a la realización del coito, no da vida al delito de estupro, por faltar el nexo causal al que ya se hizo referencia entre uno y otro. En definitiva, apunta la doctrina, que habrá estupro si la víctima consintió con su voluntad viciada por el engaño.

Por otra parte, si la promesa se dio cuando se tenía el propósito de cumplirla, aunque posteriormente no se realice por motivos muy variados, no habrá engaño y, en consecuencia, no habrá estupro, siendo preciso que al tiempo en que se formuló existiera ya la intención de quebrantarla.

En el derecho español, la promesa de matrimonio como forma de seducir a la víctima, aún cuando en la práctica abarca el mayor número de resoluciones recaídas sobre el particular, queda relegada a una parte tan sólo de los supuestos abarcados por el artículo 435, por la mera ampliación de la conducta típica y la posibilidad de que sujeto activo y sujeto pasivo sean ambos varones. Por consiguiente, el incumplimiento de la promesa matrimonial, podrá propiciar la apreciación de un delito de estupro fraudulento, en tanto sujeto activo y sujeto pasivo, indistintamente pertenezcan a sexos opuestos.

Otra variedad de engaño, acogido en la doctrina y jurisprudencia, ha sido el fingimiento de estado civil,³⁴ cuando el sujeto activo ha simulado ser soltero, estando casado, con el fin de inclinar a la otra persona a consentir el acceso carnal. En realidad, se trata de una modalidad muy vinculada a la antes expuesta, por cuanto la apariencia de soltero se adoptará frecuentemente para hacer pensar a la víctima que existe la posibilidad de un futuro matrimonio. Como vinculado está el ardid de fingir un matrimonio inexistente con el sujeto pasivo, haciendo creer a éste que ha contraído matrimonio con el sujeto activo.

Por el contrario, se ha descartado que constituyera engaño una promesa pecuniaria incumplida luego del acceso carnal, postura que en principio, resulta inadmisibles con carácter general, sin embargo son consideraciones morales las que inspiran esa jurisprudencia.

Como corolario se sostiene que la forma en que se materialice el engaño es accesoria, siempre y cuando reúna los rasgos señalados, porque

³⁴ Orts Berenguer, Enrique. Ob.Cit. Página 255.

lo esencial es que el sujeto activo conscientemente, confunda al sujeto pasivo, coartando su libertad de decisión para la práctica del acceso carnal.

2.- CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se señaló al iniciar este acápite, la legislación española, ha sufrido variadas modificaciones, en lo que a delitos sexuales se refiere, en los últimos años, y de hecho las normas precedentemente estudiadas, hoy ya no se encuentran vigentes. Creo interesante, recoger la posición de la doctrina actual española, que es del parecer que el estupro fraudulento no posee justificación para su mantenimiento, y que los casos más graves y dignos de pena, son por lo general, susceptibles de inclusión en el estupro de prevalimiento³⁵. Tal posición obedece a tres argumentos, el primero de ellos indica que en la actualidad el delito se ha quedado privado de contenido sociológico, pues éste correspondería a una época histórica, o cuando menos a las costumbres sociales de una determinada clase social en un reciente contexto histórico, en el que las relaciones sexuales prematrimoniales por parte de la mujer se encontraban muy tabuizadas. Ello implicaba, por un lado, una concepción negativa de la sexualidad, y, en particular de las relaciones prematrimoniales, muy alejada de la valoración positiva de la sexualidad, como fuente de autorealización y satisfacción personales, que debe inspirar en la actualidad la regulación de los delitos sexuales. En segundo lugar, había que reaccionar enérgicamente frente a la persona que lograba, “seduciéndola”, que una joven superara esas barreras sociales. En tercer lugar, supondría la tipificación de esas conductas, una vía para la normalización de la situación social de la mujer seducida, en la medida en que el matrimonio con la ofendida se configuraba como la alternativa más segura para eludir la pena, siendo por lo demás tal posibilidad una continua fuente de chantaje realizada por la familia afectada.

Se ha recordado que la perturbación de la voluntad que se produce en muchos de los casos del estupro fraudulento es considerablemente menor que en el estupro de prevalimiento, no produciéndose la compulsión que genera el prevalimiento de una condición de superioridad, como lo prueba la menor pena que siempre se ha impuesto a este tipo de estupro.

Por otra parte, se cuestiona el que jóvenes situados en la mitad superior del intervalo de edad que va entre los doce y dieciséis años, y que

³⁵ Díez Ripollés, José Luis: Ob. Cit. Página 111.

han recibido una educación normal, sean susceptibles de caer en artificios engañosos que determinen una falsa representación del acceso carnal. Y sobre todo, hay que tener presente que para tales supuestos de no comprensión del significado de este último, que, sin duda, merecen atención, así como para otras posibles hipótesis que pudieran ser consideradas dignas de pena, ya se tiene el tipo relativo al estupro de prevalimiento, ya que difícil será que en situaciones tales, no se produzca un abuso de una situación de superioridad, situación o relación que no tiene por qué ir ligada a un rol social estable, como parecían dar a entender los anteriores tipos de estupro de prevalimiento.

II.- ESTUDIO DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

Tal como ocurrió en nuestra legislación, y en el derecho español ya estudiado, las normas en materia de delitos sexuales, en Argentina también han sido modificadas, ello en aras de la modernización de la sociedad y en adecuar las normas a esta circunstancia.

En lo que respecta al delito de estupro, éste se encontraba descrito en los artículos 120 y 121 del Código Penal Argentino de 1922, en el capítulo II, denominado “Violación y Estupro”, sin embargo dichos artículos fueron substancialmente modificados por la ley 25.087.

En este acápite me referiré a las dos normas, por cuanto ambas, a mi parecer, aportan conceptos esenciales, para lograr la interpretación de nuestro nuevo artículo 363.

1.- ANÁLISIS DEL TIPO DE ESTUPRO DEL CÓDIGO DE 1922

El artículo 119 del Código Penal Argentino de 1922, contemplaba³⁶:
“ 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 pudiese resistir.
- 3.- Cuando se usare de fuerza o intimidación“.

³⁶ Creuss Carlos: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1983. Página 181.

Artículo 120: “ Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los incisos 2º y 3º del artículo anterior”.

A su vez el artículo 121: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, al que abusare del amor de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal”.

El estupro, era el acceso carnal de un varón, logrado sin fuerza o intimidación, con una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, que no estuviere privada de razón o de sentido y que hubiere podido resistirse al acto. Si la mujer tiene menos de doce años, o si es accedida por fuerza o intimidación, o si está privada de razón o de sentido o no puede resistir, el acceso constituye el delito de violación.

1.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido que se pretendía salvaguardar era la honestidad sexual, entendida ésta como la reserva sexual, basada en la inexperiencia de la mujer³⁷. La Doctrina coincidía en que mujer honesta es la sexualmente inexperta y es, precisamente por esta circunstancia que la ley reputa insuficiente el consentimiento prestado por ella para tornar lícito el acceso carnal. Ese consentimiento puede provenir tanto del proceso seductor del agente como de la “autosedución” de la víctima (curiosidad, deseos despertados por sus propios mecanismos mentales y fisiológicos), por lo cual viene a ser exagerado negar la existencia de honestidad en la víctima que no ha sido requerida por el sujeto activo para que se preste al acceso, sino que ella misma ha procurado ser accedida por esa sola circunstancia.

Aunque la doctrina se remite a distintos parámetros para apreciar la vigencia de la honestidad del sujeto pasivo (recato, pudor, decoro, castidad) , todos ellos tiene que referirse a la inexperiencia en lo sexual; inexperiencia que no importa desconocimiento de lo sexual, sino ausencia de experiencia en ese ámbito, en este último punto se ha sostenido que no deja de ser honesta la mujer que ha obtenido información, a través, por ejemplo, de la educación sobre la sexualidad³⁸. La experiencia puede haberse obtenido por la práctica del acceso carnal, o por haber obtenido

³⁷ Alberto Donna, Edgardo: Delitos contra la integridad sexual. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina. Página 99.

³⁸ Creuss Carlos: Ob. Cit. Página 198 y 199.

conocimiento de lo sexual, por medio de la propia conducta de la mujer, aún cuando ella no haya sido nunca accedida.

En orden a este tipo de consideraciones, se afirma que la mujer casada o viuda, aunque esté dentro de la edad prevista por la ley, no puede ser sujeto pasivo de este delito, sin embargo a tal premisa no se le da carácter absoluto, pues tales mujeres puede que nunca hayan tenido vida común con su marido.

La honestidad como elemento integrante del tipo debía ser probada, siendo la inocencia y la inexperiencia, dentro de la edad que fijaba el Código Penal, las condiciones que requería la ley para dar un concepto medio de la honestidad.

La ilicitud castigada en el fondo, era que el consentimiento que se había dado resultaba ineficaz debido a que la víctima, por su estado de inocencia y falta de experiencia sexual, no había podido dar un consentimiento que abarcara todas las consecuencias del acto. Entonces, no había duda de que se protegía la libertad sexual de la víctima, ya que el consentimiento estaba viciado, y el autor se había aprovechado del vicio que radicaba en la inexperiencia sexual de la víctima.

1.2.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL:

1.2.1.- Acceso carnal:

El concepto de acceso carnal, era la base del tipo penal, entendido aquel como la conjunción sexual lograda por la vía de la seducción³⁹.

La remisión expresa del artículo 120 al 119, llevaba sin dudas al concepto de acceso carnal, y de una forma expresa se excluía el acceso carnal entre varones, pues la ley señalaba que sujeto pasivo sólo podía ser mujer honesta.

Encuadraba en el acceso carnal la relación vía vaginal, pero se discutía si la vía anal era apta para encuadrarla dentro de este tipo penal. Así parte de la doctrina⁴⁰, consideraba que no había estupro cuando el acceso carnal se realizaba por vía anal, toda vez que dejarse acceder por otras vías suponía deshonestidad en la víctima, lo que destruía uno de los elementos esenciales del tipo. Por otro lado se argumentaba que el hecho de que el estupro sólo se cometiera con mujer, inducía a pensar que se había estructurado sobre la base fisiológica distintiva del hombre y de la

³⁹ Alberto Donna Edgardo. Ob. Cit. Página 100.

mujer, pues sólo ella poseía la vía propia para el acceso carnal, pues de lo contrario no habría razón alguna para que el varón no fuera a su vez víctima de este delito.

Contrario a esta posición⁴¹ se fundamentaba que el acceso carnal por vía anal del hombre a la mujer, podía configura estupro, por cuanto nada se oponía a que la víctima sea una menor sin experiencia en asuntos sexuales, y que, por ello, aceptara cosas naturales que en verdad no lo eran.

La penetración por vía bucal, no encuadraba dentro del tipo penal de estupro, sino que se desplazaba al abuso deshonesto y eventualmente a la corrupción.

1.2.2.- Sujeto activo:

Estuprador sólo puede ser un varón. La razón reside en que , en la cópula, sólo el varón accede⁴². El varón cualquiera sea su edad, realiza el tipo de estupro, y por consiguiente es sujeto activo de este delito, si consume el acceso carnal, en las condiciones del artículo 120.

1.2.3.- Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo del estupro, no podía ser varón, sólo puede ser una mujer; pero no cualquier mujer, sino la mayor de doce años y menor de quince y que sea honesta. Si la mujer no tenía doce años, el hecho constituía violación; y si era mayor de quince o no era honesta y no concurrían las circunstancias de fuerza o intimidación o privación de razón, el hecho era impune.

1.2.4.- Honestidad del sujeto pasivo:

En lo que se refiere a este elemento, me remito a lo señalado en el acápite del bien jurídico protegido.

⁴⁰ Alberto Donna Edgardo. Ob. Cit. Página 101.

⁴¹ Nuñez Ricardo: Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Delitos contra las personas. Ediciones Lerner. Córdoba, Buenos Aires, 1977. Página 288.

⁴² Nuñez Ricardo. Ob.Cit. Página 289.

1.3.- ESTUPRO FRAUDULENTO:

El artículo 121 del Código Penal, castigaba “ al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere acceso carnal.”⁴³

Aquí también nos encontramos con un ataque a la libertad sexual, más que nada a la reserva sexual, puesto que la mujer engañada se deja acceder por una persona distinta de aquella a la que cree prestar el consentimiento.

La estructura del delito está compuesta por una actitud engañosa asumida por el agente de manera intencional, para inducir a error a la víctima con el fin de que preste su consentimiento para ser accedida por el sujeto activo. Tenemos así que la conducta punible es la de acceder carnalmente a una mujer casada haciéndose pasar por marido.

Precisamente la circunstancia de que en la especie medie un consentimiento viciado por error, ha llevado a la doctrina a considerar esta infracción como una especie de estupro.⁴⁴

El engaño del agente está constituido por la actitud de presentarse como marido de la víctima, de acuerdo con las circunstancias, por medio de una actividad o aún de omisiones. Tal engaño debe haber provocado el error de la mujer para que preste el consentimiento, basta que abuse del error de la mujer, adoptando una actitud de fingimiento pasivo que la mantenga en él. Pero el error que verse sobre la calidad de marido del accedente, tiene que repercutir con certeza en la subjetividad de la víctima, no siendo típicos los casos en que la mujer duda sobre la identidad del que va a accederla, ni aquellos en los que simplemente yerra sobre la identidad de la persona que no es su marido, por ejemplo saber que no es tal el que la accede, pero cree que es su amante, cuando en realidad no lo es .

Es importante señalar que el sujeto pasivo puede serlo la mujer casada, actualmente unida en matrimonio, cualquiera que sea la edad de ésta.

2.- EL TIPO PENAL DE ESTUPRO SEGÚN LA LEY 25.087

El artículo 120 del Código Penal, modificado substancialmente por la ley 25.087, reemplaza al que, en los textos ya referidos, la doctrina denominaba estupro.

⁴³ Creuss Carlos. Ob. Cit. Página 201.

El nuevo tipo penal castiga a quien realiza alguna de las acciones previstas en el 2º y 3º párrafos del artículo 119, con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente, siempre que no resulte un delito más severamente penado⁴⁵.

El estupro en la nueva redacción del tipo penal, comprende conductas que giran sobre dos ejes: primero, la seducción de la víctima menor de 16 años, que debido a su inmadurez sexual presta consentimiento para el acto, y en segundo lugar, la mayoría de edad del agente, o sea 21 años (mayoría de edad legal) .

Con la supresión del elemento “mujer honesta”, queda claro que la ilicitud que se castiga es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que la víctima, cualquier persona entre 13 y 16 años, por su estado de inmadurez sexual, falta de inexperiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida, porque no ha podido comprender la significación del acto⁴⁶. Se protege por tanto la libertad y la conformación sexual de la víctima, ya que el consentimiento está viciado, y el autor se ha aprovechado del vicio que radica en su inexperiencia sexual.

Sujeto activo, puede ser tanto el hombre como la mujer, sin embargo se afirma que en el caso del acceso carnal, el sujeto activo del delito sólo puede ser el varón, ya que sólo éste es quien puede acceder carnalmente a la víctima, pues es quien puede introducir su órgano sexual dentro de la mujer. Otro requisito, para el sujeto activo, es que éste debe ser mayor de 21 años, dado que el texto expreso de la Ley afirma “ en razón de la mayoría de edad”⁴⁷.

Podrá ser sujeto pasivo del delito de estupro tanto el hombre como la mujer, pues la ley nada dice al respecto, el menor deberá tener 13 años cumplidos, pues si tiene menos, otra es la figura penal (violación) y no haber cumplido los 16, pues si fuera mayor el delito sería impune. Se exige además que la víctima sea inmadura sexualmente, inmadurez que aprovecha el autor para consumir el delito. Sigue vigente que lo relevante no es la instrucción o los conocimientos del tema, sino su desconocimiento real o práctico sobre la materia.

⁴⁴ Creuss Carlos. Ob. Cit. Página 201.

⁴⁵ Alberto Donna, Edgardo. Ob. Cit. Página 97.

⁴⁶ Alberto Donna, Edgardo. Ob. Cit. Página 105.

⁴⁷ Alberto Donna Edgardo. Ob. Cit. Página 106.

El autor Edgardo Alberto Donna⁴⁸, señala que la nueva redacción del artículo 120, exige la seducción real, como elemento del tipo, pues la ley prevé que el autor realice las conductas típicas “aprovechándose de la inmadurez sexual de la víctima”, exigiendo que el Juez, para verificar si existió aprovechamiento o no, investigue los medios de que se valió el autor en la realización de la conducta típica, pues aquel deberá manifestarse a través de conductas tendientes a lograr el consentimiento de la víctima.

En cuanto al aspecto subjetivo, el dolo del autor consistirá en el conocimiento que posea de los elementos que conforman el tipo objetivo, esto es, inmadurez sexual, edad y la voluntad de realizar tal conducta tipificada en el delito de estupro.

Finalmente, cabe agregar que la nueva ley ya referida derogó el artículo 121 del Código Penal, aquel que contemplaba el delito de estupro fraudulento.

⁴⁸ Véase Alberto Donna Edgardo. Ob. Cit. Página 109.

CAPÍTULO TERCERO:

BREVE ANÁLISIS DE LA DOCTRINA IMPERANTE

1.- LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS SEXUALES:

En este capítulo haré una síntesis de la doctrina imperante que motivó a nuestro legislador a adecuar la norma que consagraba el tipo penal del estupro.

Partimos de la premisa que el delito de estupro, se enmarca dentro de los delitos que afectan la libertad sexual, tema arduamente discutido, a raíz de los cambios que ha experimentado nuestra sociedad, pues si bien en un principio las normas que regulaban dicha materia se encuadraban a la realidad imperante, que más bien consistía en que la agresión sexual era un asunto de delincuentes o de enfermos mentales, algo marginal, que ocurría en las calles, esto ha cambiado. Así, la realidad hoy en día, es muy distinta, por cuanto la mayoría de los abusos sexuales ocurre en lugares que se suponen protegidos, como la casa familiar; y son cometidos contra mujeres u hombres de cualquier edad y condición, principalmente en niños.

La magnitud de la violencia sexual no se conoce con precisión. Las cifras de los organismos que atienden a personas agredidas sexualmente no reflejan toda la realidad. En la mayoría de los casos no hay denuncias, por razones tales como: la víctima o su familia se siente avergonzada, el agresor es un conocido o un pariente, no se confía en la justicia, hay temor o rechazo a los interminables trámites que se deben realizar para iniciar un proceso judicial. Fue materia de la reforma introducida en nuestro Código Penal, mediante la Ley 19.617, adecuar el derecho a nuestra realidad, de hoy en día. Así los estudios realizados, previos a la iniciativa de la citada ley, permitieron concluir que existían errores de percepción pública del fenómeno de la violencia sexual en Chile, atribuyéndole ésta a agresores extraños, antisociales y marginales, suponiéndose circunstancias determinadas en la comisión de estos ilícitos, como de extrema y mediana violencia y su ocurrencia en lugares y horarios en sí peligrosos. Estos errores estaban en nuestra legislación penal, demostrando así la ineficacia de los mecanismos penales, procesales y legales en el ordenamiento jurídico vigente.

2.- SEXUALIDAD Y DERECHO:

Uno de los temas difíciles de abordar, en nuestro derecho ha sido lo referente a la sexualidad, pues nos topamos en este ámbito con los problemas entre derecho y moral.

Los delitos sexuales, según un sector de la sociedad, son hechos ilícitos que infringen la moralidad sexual. Sin embargo no todos los actos que constituyen una violación de la moral sexual, hoy reconocida, están reprimidos por el Código Penal, por el contrario, el Derecho Penal tiene un campo menos vasto que el de la moral y en esta esfera peculiar de la vida sexual, no puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino tan sólo el de aquellos cuyo cumplimiento resulte necesario para la convivencia social. El Derecho Penal, no puede en el campo sexual, ni es su misión, tender a la moralización del individuo, o apartarle del vicio de la sensualidad, su actuación se reduce al castigo de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos que colocan en peligro la vida social.

De los derechos lesivos de la moralidad sexual que el código sanciona, unos constituyen predominantemente un ataque contra la libertad sexual, es decir, contra la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo, como el acceso carnal realizado mediante violencia o intimidación, o con persona que no puede prestar su consentimiento por su edad, o que prestándolo éste se encuentra viciado.

3.- MODELOS HISTÓRICOS⁴⁹

3.1.- EL MODELO HISTÓRICO DE LA TEOLOGÍA MORAL ESCOLÁSTICA

La protección a la libertad sexual, es este marco, regulado por el Derecho Canónico, y el Derecho Romano, radicaba en sancionar las infracciones del orden sexual natural, concebido éste, como la actividad sexual orientada a la reproducción, actividad sin embargo que tiene como premisa fundamental el matrimonio.

⁴⁹ Bascuñán Rodríguez, Antonio: Revista de Derecho. Número especial. Universidad Austral de Chile. 1997.

La infracción así concebida, se encuentra en el concepto de lujuria, cuyas especies eran: La fornicación, el adulterio, el incesto, el estupro, el rapto y el vicio contra natura.

3.2.- EL MODELO DE LA ILUSTRACIÓN

La idea de la Ilustración es el asentimiento universal de interlocutores que se reconocen entre sí como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad.

Por lo tanto, todo el ámbito de los delitos sexuales, eran considerados como atentados a la libertad sexual.

El estupro en este sistema, pasa a ser un acto sexual no violento, pero igualmente abusivo, por la inexistencia del consentimiento de la víctima.

3.- EL MODELO DE LA CODIFICACIÓN

La codificación es un movimiento derivado del ideario político de la Ilustración. Éste mantuvo el grupo de delitos sexuales, como delitos contra la libertad, respetando su contenido de atentado a la libertad sexual.

Sin embargo, el intento sistemático de la Codificación es injustificable, por que no existe un común denominador entre atentados a la libertad y atentados a la moralidad pública sexual. Esto se reflejó en el Código Penal chileno de 1875, dejando en evidencia contradicciones manifiestas, como la determinación de la pena del rapto, atendiendo a la buena o mala fama de la víctima.

3.4.- EL MODELO DEL REFORMISMO

El Reformismo, ha sido considerado como un movimiento dirigido a despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra, así para la consideración de las distintas hipótesis pasa a tener prioridad sistemática, la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción, al ser el objeto de protección la autodeterminación sexual. Lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro.

De este movimiento se han derivado el Código Penal Alemán reformado y el Código Penal Español de 1995, éste último representa un caso especialmente interesante de la asunción progresiva de los postulados del reformismo.

La evolución de la legislación española comienza en 1978, con la modificación de los delitos de estupro que se transforma de un delito de seducción a un delito de abuso de prevalencia, y del rapto, que de ultraje a la buena fama de la mujer, adquiere el contorno de un atentado a la libertad.

Después de experimentar con proyectos de regulación liberal, en 1988, se reforman las ofensas al pudor y a la pornografía, y en 1989, los delitos de violación y de abusos sexuales. Finalmente en 1995 en el nuevo Código Penal, además de reducir la regulación de la prostitución, introdujo la distinción entre aquellos abusos coercitivos y los que no lo eran, como principio de sistematización de los atentados sexuales.

En el contexto del reformismo el elemento central de lo ilícito es el abuso, el verbo rector no puede ser el que contiene la descripción de la acción sexual, sino el que describe el acto de agresión o abuso, sin embargo la referencia a un objeto de la acción de significación sexual, es un requisito imprescindible del tipo, de lo contrario, no hay un atentado específico a la autodeterminación sexual.

Los delitos contra la libertad sexual representan una intensificación de la medida en que la regulación penal, protege en general la libertad personal, esto se manifiesta de dos modos:

a.- En una penalidad intensificada, cuando supuestos punibles a títulos de coerción o privación de libertad, reciben una pena más severa a título de atentado sexual.

b.- En una penalidad intensificada, cuando formas de interacción impunes a título de atentado a la libertad, pasan a ser punibles como delitos contra la libertad sexual, esto encuentra su fundamento en que la libertad sexual, como libertad especial, garantiza la ausencia absoluta de coerción: también en la dignidad de la persona, pues en el atentado sexual se encuentra involucrado el uso de la persona como medio para la satisfacción de los fines propios. Obligar a una persona de cualquier forma a tolerar un contacto sexual no querido, implica rebajar a una persona a la calidad de objeto, y con ello, negar su dignidad como persona.

El bienestar sexual, o también denominado libertad sexual positiva, entendida como capacidad para realizar una conducta sexual, así se

justifica la punibilidad de los atentados a la libertad de abstención sexual, por el hecho de producir como efecto una incapacidad permanente de realización de la sexualidad. De esta manera, los atentados sexuales deben dejar de ser comprendidos como hipótesis de coacción o atentados a la libertad de decisión en relación al comportamiento sexual, para pasar a ser entendidos como variantes de los delitos de lesiones o maltrato, es decir, como atentados a las condiciones física y síquicas del ser humano, que constituyen presupuestos para el libre desarrollo de la personalidad. Por último la intimidad sexual, conforme a esto, existe un interés jurídicamente relevante en proteger de un modo especialmente íntimo la voluntad de exclusión de la comunicación sexual, la intimidad así concebida es un derecho de exclusión.

4.- EL AGRESOR Y LA VÍCTIMA

4.1.- EL DELINCUENTE SEXUAL

Es tarea de la sexología y la psiquiatría forenses, el establecer los aspectos de la personalidad de un delincuente sexual, y así poder diferenciar un caso de otro, al reconstruir con la mayor exactitud posible la génesis y dinámica del fenómeno criminal en particular.

La personalidad del delincuente sexual, en este caso, con características de modalidad serial, es el centro de la investigación actual, de manera tal, que el examen de todas las manifestaciones del accionar, las motivaciones de la conducta delictiva, etc., deben investigarse en función de la personalidad total del individuo y su inseparable contexto social y el perito médico debe descubrir el valor y la significación que ese mundo adquiere para el delincuente.

La significación y la intencionalidad de la conducta constituyen un todo organizado (portador de un sentido), que se dirige a un fin.

Diremos entonces, que la conducta sexual delictiva es una conducta concreta del individuo, expresión de su relación con la víctima en un lugar (espacio) y en una fecha (tiempo) determinado.

La dificultad del delincuente para aceptar la ley, significa desde el punto de vista social, una alteración, violación o transgresión de la norma establecida que implica una anomalía adaptativa en el desarrollo de su personalidad.

El examen psiquiátrico general de los delincuentes sexuales, realizado en nuestro país por el Servicio Médico Legal y hoy en día, además, por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, ha demostrado que el grupo mayoritario no presentan signos de alienación mental franca, es decir, son jurídicamente imputables.

4.2.- LA VÍCTIMA

La víctima es toda aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante de sus derechos) como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional, o bien constituya un abuso de los poderes públicos, la persona que es objeto de un atentado sexual⁵⁰, y para poder realizar su examen ha de tenerse en cuenta:

1.- La edad: ésta no suele ser determinante para ser víctima de un delincuente sexual, en tanto ésta cumpla con las expectativas y motivaciones que requiere el victimario.

2.- Condiciones físicas: No se han detectado condiciones físicas genéricas en las víctimas. Las características físicas de las víctimas dependen de la sicodinámica de cada autor. Es habitual observar mujeres jóvenes, no necesariamente bellas, con ciertas particularidades que encuadran dentro del ritual del victimario. Así las víctimas pueden ser niños, niñas, púberes, embarazadas, prostitutas, etc.

3.- Circunstancias de lugar y tiempo: Los escenarios de los sucesos delictivos pueden ser variados, concordantes con la sicodinámica delictiva del delincuente. Así se observa, en general, que los delitos pueden ocurrir en lugares ocasionales o predeterminados. Los lugares ocasionales, son aquellos en que la víctima “ aparece” en un momento no buscado, pero que dadas las circunstancias y el hecho de cumplir con las “necesidades” del victimario, éste la agrede en el lugar que encuentra más apropiado a sus propósitos. Los lugares predeterminados, son aquellos que forman parte del “programa” que elabora el actor para satisfacer sus necesidades agresivas. Estos lugares pueden ser la residencia de la víctima, lugares exteriores

baldíos, obras en construcción u otros más sofisticados como colegios, conventos, etc.

⁵⁰ Soria Miguel Angel y Hernández José Antonio. El Agresor Sexual y la Víctima. Editorial Boixareu, Universitaria Marcombo. España. 1994. Página 13.

CAPÍTULO IV

EL DELITO DE ESTUPRO EN LA LEY 19.617 DE 12 DE JULIO DE 1999.

1.- DEFINICIÓN LEGAL:

El delito de estupro como ya lo referimos en nuestro primer apartado, se encuentra regulado en el artículo 363 del Código Penal, que señala:

“Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Así descrita la norma, nos encontramos con cuatro hipótesis distintas, todas ellas por separado configuran el delito de estupro, sin embargo todas ellas tienen un mismo verbo rector, el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO

2.1.- Acceso carnal:

El primer elemento normativo del hecho punible es el acceso carnal, lo cual implica según la misma norma, cualquiera de las tres formas coitales: vaginal, anal o bucal.

Distintas definiciones de éste se han dado por la doctrina al respecto, entre las más destacadas mencionamos las siguientes:

El profesor Sebastián Soler⁵¹ señala: acceso carnal es una enérgica expresión que significa penetración sexual. Se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal.

Por otro lado, el profesor Vincenzo Manzani⁵² señala: “ La conjunción carnal, es cada hecho por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) se introduce total o parcialmente en el cuerpo de la otra persona, por vía normal o anormal, así realizar el coito o un equivalente anormal de eso.

El profesor Luis Rodríguez Collao⁵³, nos indica que el acceso carnal consiste en la introducción del miembro masculino en la vagina, el ano o la boca de la víctima, sin que baste al efecto, con la introducción de otros objetos, sea que pertenezcan al propio cuerpo del sujeto activo o al mundo circundante.

2.1.1.- Incorporación de las tres vías (vaginal, anal o bucal).

Antes de la modificación legal en estudio, el estupro sólo consistía en la penetración de una doncella mayor de doce años y menor de dieciocho, por vía vaginal, en consecuencia, si la penetración se realizaba por vía anal o bucal, se sancionaba al sujeto activo, como autor del ilícito denominado abusos deshonestos (hoy llamado abusos sexuales).

Acceso significa : acción de llegar, entrada, ataque, por lo que acceso carnal es sinónimo de cópula.

Definiremos acceso carnal como la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima.

Las razones que tuvo el Legislador para ampliar el campo de acción de esta norma se debió a lo siguiente⁵⁴:

- 1.- Por ser esas las tres formas de relación sexual entre las personas.
- 2.- Los estudios empíricos indican que el coito vaginal es el de mayor frecuencia cuantitativamente, seguido del bucal y finalmente el anal;
- 3.- En la jerga de la prostitución se considera relación normal el coito vaginal o bucal, pero no el anal;
- 4.- Las formas masturbatorias puede o no haberlas en relación a cualquiera de las tres formas coitales y no limitada a una de ellas.
- 5.- El forzamiento ejecutado por vía bucal o anal produce un daño psicológico igual o mayor que el ejecutado por vía vaginal.

⁵¹ Documento de Trabajo elaborado en el marco del Grupo de Trabajo Legislación y Derechos de la Mujer. Organizado por el Instituto de la Mujer. 1997. Página 20.

⁵² Idem anterior. Página 20

⁵³ Rodríguez Collao, Luis: Delitos Sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. Editorial Jurídica de Chile. Página 138.

⁵⁴ Idem anterior. Página 20.

6.- La Doctrina mayoritariamente se inclina por incluir las tres formas coitales en los delitos de violación y estupro.

7.- En aquellos países en que la Legislación admite la configuración del delito de violación por vía distinta a la vagina, se ha adaptado a ellos también la Jurisprudencia.

El hecho de ampliar el acceso carnal en el delito de estupro y violación a las tres vías obedece a un imperativo de justicia, en orden a otorgar una adecuada protección de la libertad sexual como bien jurídicamente protegido.

2.1.2.- Alcance de la penetración:

La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración, y mucho menos, que haya dejado rastros y huellas en el cuerpo de la víctima.

2.1.3.- El medio de la penetración

Con la definición dada de acceso carnal, se infiere que la penetración que se tiene en cuenta es sólo la que se realiza con el miembro viril. No constituye estupro la introducción por una de las tres vías indicadas de otras partes del cuerpo del agente (por ejemplo los dedos), o de instrumentos o mecanismos, aunque se les asigne un contenido sexual. Sin embargo, debe dejarse en claro que estas conductas, aunque no son sancionadas a título de estupro, no significa que ellas sean impunes, por cuanto dichas acciones constituyen acciones de significación sexual, distintas del acceso carnal, que se encuentran absorbidas en el tipo legal de abusos sexuales, sancionados en el artículo 366 del Código Penal.

2.2.- SUJETOS DEL TIPO:

2.2.1.- Sujeto Activo:

Como ya lo indicamos, el núcleo de la conducta típica del delito de estupro, el acceso carnal, ha de entenderse como penetración del órgano genital del varón, por una de las vías típicas, como acoplamiento del pene con vagina, boca o ano,

Así a nuestro parecer (aunque la norma no distingue), sujeto activo sólo puede ser un hombre y no una mujer, pues sólo aquel puede acceder carnalmente a otra persona.

El varón, cualquiera sea su edad, realiza el tipo de estupro y, por consiguiente, es sujeto activo de este delito, si consuma el acceso carnal en algunas de las condiciones del artículo 363 del Código Penal.

Sin embargo creemos necesario, hacer presente que tal opinión, ya vertida, no es unánime en la doctrina, así por ejemplo Ortiz Berenguer⁵⁵, analizando las normas del Código Penal Español, refiere que sujeto activo puede serlo indistintamente un hombre o una mujer, pues a su juicio “ acceso carnal” equivale a realizar el coito y no a penetrar sexualmente a otro. En consecuencia manifiesta el autor “ Si tanto el hombre como la mujer son aptos para realizar el coito, tanto el hombre como la mujer pueden ser autores del delito de estupro”. El autor señala que la ley al tipificar el delito no distingue, pues se refiere a “el que tuviere acceso carnal...” , siendo indiferente que quien provoca la introducción del órgano del varón sea el mismo, otro hombre o una mujer.

A nuestro parecer esta es una interpretación demasiado literal de la Ley, si bien nuestra norma tampoco distingue, para determinar el sujeto activo se debe analizar la norma en su contexto y no palabra por palabra.

2.2.2.- Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo, en el delito de estupro, es la persona menor de edad, pero mayor de doce años, esto es, que haya cumplido los doce años y que no ha cumplido todavía los dieciocho años.

El texto del artículo 363 del Código Penal, habla de persona, por lo que indistintamente puede serlo un hombre o una mujer, siempre que tenga la edad requerida por la ley. Esto ha sido un gran avance, tras la reforma en estudio, pues con anterioridad, víctima de este delito, sólo podían serlo las mujeres (la antigua norma, usaba el término “doncella”, al referirse al sujeto pasivo).

Las edades establecidas en el texto legal, son edades cronológicas, topes inamovibles, no susceptibles de ser dilatadas para abarcar a quienes las hayan cumplido. Esto obedece a la decisión de buscar la seguridad jurídica, concluyéndose entonces, que si la víctima no está comprendida en la edad de más de doce años y menor de dieciocho, el acceso carnal resulta atípico, a no ser

⁵⁵ Orts Berenguer Enrique. Ob.Cit. Página 223.

que pueda integrarse en otra figura (por ejemplo el acceso carnal a una persona menor de doce años, es constitutivo del delito de violación).

3.- PROBLEMA DE CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

Se da el nombre de concurso aparente de leyes, a una situación en la cual son a primera vista aplicables varias disposiciones legales, a un mismo hecho, pero que en realidad, se rige por una sola de ellas, quedando las restantes desplazadas.

En el concurso aparente de leyes, se trata de un solo delito, regido por una sola disposición penal, que es la única que lo contempla en forma completa y particular.

Los problemas esenciales en torno al concurso aparente son dos:

- 1.- En presencia de varias disposiciones en apariencia aplicables, cómo se determina si en realidad se trata de un concurso de delitos o si no hay más que un concurso aparente.
- 2.- Determinar que se trata de un concurso aparente de leyes, cómo decidir, cual de las disposiciones debe aplicarse con exclusividad.

La doctrina mayoritariamente opta para la solución del problema, la aplicación de dos principios: el de especialidad, consistente en que existiendo dos normas aplicables a un determinado caso, se debe preferir aquella más particularizada; y el principio de absorción , que significa que cuando la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva, ya ha tomado en consideración la gravedad de las otras conductas también punibles, que la acompañan ordinariamente como antecedentes, como medios, como etapas de desarrollo, como circunstancias etc., debe aplicarse solamente la disposición que contempla la infracción principal y los que sancionarían esas otras conductas desaparecen, son absorbidas por la primera⁵⁶.

Este principio es base esencial de nuestro sistema penal, que es la circunstancia lógica de la regla “non bis in idem”.

3.1.- EL DELITO DE ESTUPRO Y EL INCESTO: ¿Concurso aparente de leyes penales?.

A fin de poder plantearnos el problema, situémonos en la hipótesis de que el inculpaado ascendiente en primer grado de la víctima, accedió carnalmente a

⁵⁶ Etcheverry Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Página 89.

ésta, abusando de su superioridad y que la ofendida tiene a la época de comisión del hecho, la edad de 15 años. Entonces, ¿Qué norma aplicamos?.

En primer lugar hay que definir lo que la ley entiende por incesto. Según el artículo 375 del Código Penal : El que conociendo las relaciones que los ligan, comete incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad, o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

De la lectura de la norma podemos apreciar que el Legislador no define lo que entiende por incesto, sin embargo, partimos de la base de que existe para la configuración del tipo penal, una relación carnal.

En el caso sub lite , hay que determinar en principio, si el consentimiento prestado por el sujeto pasivo, está o no exento de vicios. De ser así, el hecho ilícito, lesiona el bien jurídico de la libertad sexual, por cuanto el sujeto pasivo abusa de su superioridad. Por el contrario, si la víctima consiente libremente y no es posible acreditar engaño, o inexperiencia o ignorancia sexual de la ofendida, estaríamos frente a la lesión de otro bien jurídico, aquel protegido por la norma del artículo 375 del Código Penal.

De esta manera, en la primera hipótesis definiríamos el hecho punible como estupro y en el segundo como incesto.

3.2. DELITO DE ESTUPRO Y DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES

El delito de corrupción de menores lo encontramos regulado en los artículos 366 quater y 367 del Código Penal, que dice relación con la prostitución de menores de edad y la utilización de éstos en la producción de material pornográfico y la realización de acciones de significación sexual.

Si bien ambos delitos lesionan el bien jurídico de la libertad sexual, no podemos dejar de lado que el delito de corrupción de menores constituye un conjunto de hechos de mayor complejidad que el delito de estupro, pues en el primer caso generalmente nos encontramos con un grupo de conductas que unidas en un período de tiempo, pueden ser calificadas como corrupción de menores, las que de alguna manera están ligadas al concepto de prostitución.

Sin embargo la doctrina moderna, entiende incluidas en el tipo no sólo los referidos, sino los aislados que por su naturaleza eminentemente grave y por su intensidad pueden marcar o producir un impacto en la psiquis del menor susceptibles de permanecer imborrables en su posterior desarrollo.

Se considera así idónea para corromper a un menor, cualquier acción que por su aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del

menor, comprometiendo en la actualidad o en el futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental.

Así definido el delito, de corrupción de menores, nos encontramos con la problemática concursal con el delito de estupro (y otros delitos sexuales).

En este sentido existen dos posiciones distintas; una que considera la existencia de un concurso aparente de leyes y otra que estima que se trata de un concurso de delitos.

Los que postulan que se trataría de un concurso aparente de leyes, parten de la base, que a pesar de existir distintas infracciones, está como presupuesto la protección de un bien jurídico único, por tanto se aplicaría la norma que sanciona el delito de corrupción de menores, por considerarlo ley especial.

La segunda postura , plantea considerar este tipo de hechos, como un concurso real de delitos, dando aplicación al delito continuado, por lo que se sanciona las distintas conductas en forma independiente, pues los bienes jurídicos protegidos son distintos.

A nuestro parecer, no puede decirse que el bien jurídico protegido en el delito de estupro y en el delito de corrupción de menores sea distinto del que corresponde a los delitos de violación, abuso sexual o estupro, con lo que se hace difícil sostener la aplicabilidad de la teoría del concurso de delitos en estas figuras, sobre la base de la lesión de bienes jurídicos distintos, sin perjuicio de la posibilidad de que una o varias acciones lesionen varias veces el mismo bien jurídico.

4.- EL DELITO CONTINUADO DE ESTUPRO

El problema del delito continuado, radica en resolver si en el evento de existir durante un período de tiempo determinado, varios accesos carnales a un menor de dieciocho años pero mayor de doce, abusando por ejemplo del grave desamparo en que se encuentra éste, constituye un solo delito de estupro, o un delito, por cada acceso carnal realizado.

Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada uno de los cuales, considerado en forma individual, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual, han de ser tratados como un todo y castigado como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que existe entre ellos.⁵⁷

55 Véase Cury Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Página 266.

La Jurisprudencia, en un principio desechaba la aplicación del delito continuado por cuanto no existía (y no existe en la actualidad), norma expresa que lo consagrara. Sin embargo, hoy sí se acepta y a fin de solucionar el problema propuesto precedentemente se ha optado por considerar este conjunto de accesos carnales como un solo delito, pues todos ellos han de ser valorados conjuntamente, lo cual significa la violación necesariamente fraccionada de una misma norma de deber.⁵⁸

La doctrina establece los siguientes requisitos para determinar si nos encontramos o no ante un delito continuado:

- 1.- Vínculo de conexión.
- 2.- Pluralidad de acciones.
- 3.- Transcurso de un cierto lapso de tiempo entre la ejecución de cada una de dichas acciones.
- 4.- La unidad del sujeto pasivo.
- 5.- Los delitos deben ser de la misma especie.

5.- EL ERROR EN LA EDAD DE LA VÍCTIMA

La edad de la víctima, como parte del tipo penal objetivo debe ser abarcada por el dolo del autor, el cual puede asumir la forma eventual.

El error es la disconformidad entre una representación mental y la realidad externa pasada o presente.

En el caso analizado , la edad de la víctima como parte del tipo penal objetivo debe ser abarcado por el dolo del autor, sin embargo, ¿qué sucedería si el autor, cree que la víctima es una persona mayor de doce años?.

Este tipo de error, es definido por la doctrina como error de hecho, pues recae sobre una realidad fáctica, error sobre uno de los elementos que constituyen el tipo penal.

Si se acredita que efectivamente existió en el autor, error en cuanto a la edad de la víctima, esto constituiría una causal de inculpabilidad; el error en este caso excluiría el dolo.

Sin embargo, si el sujeto, se representa que la víctima puede ser menor de edad y en definitiva corre el riesgo, y si la realidad resulta ser la que otorgaba el carácter delictivo al hecho (o sea la víctima efectivamente es menor de edad) el agente en este caso no podrá invocar el error, ordinariamente se encontrará en dolo eventual, ya que la posibilidad de que su acción fuera típica, que él se representó, no lo disuadió de obrar.

⁵⁸ Véase Cury Enrique: Ob. Cit. Página 272.

El dolo del autor del delito de estupro consiste en el conocimiento, o por lo menos en la duda, de que la persona afectada tiene menos de dieciocho años y en la intención de consumir el acceso carnal.

El error sobre la edad excluye ese conocimiento o esa duda y libera de pena aunque sea imputable a su autor, por que el delito no es atribuible a título de culpa, sin embargo como ya nos referimos con anterioridad, este error debe ser acreditado, no basta que el agente declare que creía que la víctima era mayor, sino que debe probar aquella circunstancia.

6.- HIPÓTESIS LEGALES: ESTUPRO DE PREVALIMIENTO Y POR ENGAÑO

De la sola lectura del artículo 363 del Código penal, podemos establecer que el Legislador consagró cuatro hipótesis distintas, cada una, en forma independiente, es constitutiva del delito de estupro, figura penal de hipótesis múltiple.

Sin embargo, agruparemos aquellas en dos tipos, conocidos por la doctrina como estupro de prevalimiento y estupro por engaño. Las tres primeras hipótesis de la norma aludida las enmarcaremos en el grupo del estupro por prevalimiento, mientras que la última constituye lo que la doctrina conoce como estupro fraudulento o por engaño.

6.1.- ESTUPRO DE PREVALIMIENTO

El estupro por prevalimiento tiene como característica esencial, que lo separa de la noción de estupro generalmente aceptada (estupro por engaño), la de que no es menester que el sujeto activo haya empleado procedimientos fraudulentos, siendo bastante, para la punibilidad del hecho que se ejecute por personas que tengan con respecto de la víctima, determinadas condiciones de superioridad, y que esta posición de superioridad reporte efectivamente una ventaja o ascendiente para cohabitar con ella, y que la aproveche, abusando de ella, instrumentalizándola a tal fin, que el acceso carnal ha de ser el resultado de dicho prevalimiento.

En las tres hipótesis destaca como parte del tipo, el abuso, lo cual significa que no sólo basta que efectivamente el sujeto activo se encuentre en una posición de superioridad respecto del pasivo, sino que debe abusar de esto, prevalerse y así lograr el consentimiento viciado de la víctima.

No debemos dejar de lado, que en el delito de estupro, la víctima presta efectivamente su consentimiento, a diferencia como veremos con el tipo de la

violación, sin embargo este consentimiento se obtiene, prevaleciendo de la posición superior en que se encuentra el agente.

Analizaremos cada uno de las hipótesis del artículo 363 del Código Penal, que son constitutivas de estupro de prevalimiento.

6.1.1.- Artículo 363 nº 1 del Código Penal:

“Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

“Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno”.

En esta hipótesis estamos en presencia de una anomalía o perturbación mental de la víctima, no constitutiva de incapacidad de autodeterminación, por lo que en este caso estamos ante un supuesto menos grave que la circunstancia correlativa del delito de violación.

La enfermedad mental, consiste en una falta absoluta o relativa de facultades intelectuales, afectivas o volitivas, de carácter más o menos permanente, o un desorden o desequilibrio entre estas facultades⁵⁹. Por anomalía se entiende una malformación o alteración biológica congénita adquirida. Por perturbación mental, la alteración de las facultades mentales, respecto de cuyas deficiencias, el tipo exige que, como mínimo, sean transitorias, es decir, pasajeras o temporales. Y que su entidad o importancia sea, menor que la enajenación, la que consiste en ciertas alteraciones profundas de la personalidad del sujeto que importan un desajuste tan considerable en ella que el individuo “se hace otro”, y menor que el trastorno, el que consiste en una perturbación del sentido, la conciencia o la conducta del sujeto⁶⁰. Nos encontramos así, ante la existencia de condiciones de salud mental en las cuales las facultades de entendimiento y dominio de los propios actos no aparecen enteramente ausentes, pero sí disminuidas.

Una de las materias más complejas de la psiquiatría, es la clasificación, agrupación o codificación de las enfermedades mentales, toda vez que existen criterios distintos para ello, sin embargo en este acápite, a modo de ejemplo, nos

⁵⁹ Véase Hamilton Eduardo. Medicina legal. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Universidad Católica de Chile. Santiago-Chile. 1961, pág. 232.

⁶⁰ Véase Molina Guerrero Mariel. Problemas de aplicación práctica de la Ley 19.617. Memoria de prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Pág. 59 y 60.

referiremos a la “Oligofrenia”, enfermedad que por su menor entidad, puede no considerarse constitutiva de enajenación o trastorno, sin embargo igualmente deberá estarse al grado alcanzado por la enfermedad, pues ella puede ser grave, menos grave o leve, creemos que sólo en este último caso, estaríamos satisfaciendo las necesidades del tipo.

Marcó y otros ⁶¹ señalan que se denomina “oligofrenia”, al conjunto de síntomas derivados de un insuficiente desarrollo o de un retardo en el proceso de madurez mental de un individuo, en relación con el nivel que le correspondería por su edad. Si bien la oligofrenia supone una disminución cuantitativa del desarrollo psíquico, pronto da a lugar a trastornos cualitativos de la conducta, ya que se origina una tendencia a sustituir su ineficacia por reacciones inoportunas o inadecuadas, que constituyen los llamados síntomas productivos.

Las personas que padecen de una oligofrenia leve, o también llamada superficial o ligera, son educables, tienen grandes habilidades manuales, sin embargo mentalmente prestan poca atención, tienen poca concentración, sus juicios son pueriles, tiene reacciones emocionales fáciles ante estímulos insignificantes, son cariñosos y buenos en el medio familiar, obedecen a principios morales, porque tienen buena memoria y recuerdan las enseñanzas del hogar, por lo cual se aferran a ella. Son crédulos y fácilmente sugestionables, por lo que son vulnerables al abuso, en especial el sexual.⁶²

Lo que verdaderamente interesa, además de la menor entidad de la sintomatología, es que la víctima, pese a encontrarse afectada por un cuadro de disfunción psíquica, tenga la posibilidad de expresar su voluntad, en orden a la realización de un comportamiento sexual. Aunque por cierto, sin la lucidez con que actúa el común de los seres humanos y en el contexto de una situación de influenciabilidad por parte de otras personas, que es lo que el sujeto activo, precisamente aprovecha para materializar el abuso exigido por el tipo.⁶³

En consecuencia, no debemos restar importancia, a la expresión “abuso”, utilizada por el Legislador, elemento que necesariamente debe darse, para configurar este delito, lo que significa por regla general, que las relaciones sexuales mantenidas con una persona que presenta una anomalía o perturbación mental (que no sea constitutiva de enajenación o trastorno), son impunes, pues lo que el Legislador quiere castigar es el abuso de parte del agente de esta circunstancia, para así obtener el consentimiento de la víctima respecto del acceso carnal.

⁶¹ Citado por: Silva Silva Hernán. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1991-1995. Página 80.

⁶² Silva Silva Hernán, Ob. Cit. Pág. 83.

⁶³ Véase Rodríguez Collao, Luis: Ob. Cit. Página 176.

Según el diccionario de la Real Academia, abuso es la “acción y efecto de abusar” y abusar es “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa”

Una vez acreditado el abuso, el Juez investigador en lo criminal deberá auxiliarse por peritos, para poder establecer, si estamos ante una anomalía mental o ante una verdadera enajenación, pues esto determinará, en definitiva, si estamos en presencia de un delito de estupro o derechamente el hecho es constitutivo de violación.

6.1.2.- Artículo 363 nº 2 del Código Penal:

Otra fórmula que usa el legislador, para describir el estupro, es la contenida en el artículo 363 nº 2 del Código Penal, que señala:

” Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral”.

En esta hipótesis, nos encontramos en que entre agresor y víctima, existe una relación de dependencia, definida como la conexión o correspondencia, trato o comunicación de una persona con otra, en la que una de ellas se encuentra subordinada al mayor poder que la otra tiene. Sin embargo para que constituya el tipo legal, no sólo es necesario que ésta exista, sino que el sujeto activo debe abusar de ella con el objeto de obtener el consentimiento de la víctima para lograr el acceso carnal.

La situación de dependencia del sujeto pasivo, debe reportarle al activo una ventaja o ascendiente para cohabitar con ella, de tal forma, que el acceso carnal, ha de ser el resultado de dicho prevalimiento.

No hay duda de que existe abuso de superioridad (aún cuando no se manifieste física o psicológicamente) cuando la víctima le reconoce al agresor o atacante un carácter tan especial que le infunde temor o respeto exagerado y, en consecuencia, en determinado momento puede llegar a tener la pérdida de alguna ventaja o beneficio que ella cree tener, en especial cuando el hecho se desarrolla en el ámbito familiar.

El término “encargado”, fue establecido con el objeto, de abarcar cualquier tipo de relación de dependencia existente entre sujeto activo y pasivo. Si bien en un principio se pensó que el término aludido era demasiado amplio, se logró establecer que agregar otro calificativo como “legalmente” podía dejar impunes muchas conductas igualmente reprochables, como por ejemplo, la persona que en

un momento determinado esté encargado en un Colegio del cuidado de los menores.

La palabra “encargado” es precisa, y deberá acreditarse que ha estado a cargo de la víctima.

Por otra parte la enumeración, o sea los “tipos” de dependencia, que establece la norma, tiene un carácter simplemente ejemplar y no taxativo, pues comprende cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no, sin embargo ha de darse una relación de desigualdad entre sujeto activo y pasivo, que coloque a aquel en una posición ventajosa, para influir sobre la decisión que pueda adoptar el otro.

Tres son los elementos de este tipo:

- 1.- Una relación o situación que afecte a los sujetos del delito.
- 2.- Que de dicha relación o situación derive una posición de superioridad del primero sobre el segundo, y
- 3.- Que el agente se aproveche de ello para tener acceso carnal con la persona afectada. Esto último significa que no basta con la sola constatación de una relación de superioridad, sino que ésta debe ir acompañada de su explotación para obtener la aquiescencia de la víctima; explotación que no es lícito presumir, sino que ha de ser probada.

El autor del delito ha de tener un ascendiente cierto sobre su víctima, que puede provenir de circunstancias diversas. Lo esencial es que la superioridad exista, porque si está ausente, falta el presupuesto insoslayable del hecho punible, y si el acceso carnal tiene lugar, sería atípico.

El dolo ha de abarcar el propósito de tener acceso carnal con quien se encuentra en una posición de inferioridad y tiene menos de 18 años.

Parece exigible un cierto conocimiento de la superioridad, que se tiene sobre la víctima, para así poder afirmar el prevalimiento, es decir, al agente ha de constarle por lo menos la corta edad del sujeto pasivo y la influencia que ejerce sobre ella y, por supuesto, servirse de dicha influencia para obtener la voluntad del menor.

La comisión por imprudencia resulta improbable, la acción del acceso carnal es una conducta querida y el prevalimiento supone valerse de una superioridad para el logro de un fin, que en este caso es el acceso carnal.

6.1.3.- Artículo 363 nº 3 del Código Penal:

La otra fórmula del estupro de prevalimiento, se encuentra consagrada en el artículo 363 nº 3, en los siguientes términos:

“ Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima”.

Esta norma , recoge el concepto de explotación, sancionando como estupro el abuso de una situación de necesidad de la víctima, que se ha caracterizado como grave desamparo, entendiéndose éste, como el abandono de gran entidad o importancia en la que se deja sin protección ni favor a la persona que lo pide o necesita.

Nos encontramos ante una víctima, en evidente situación de abandono, en una indefensión material o psicológica, circunstancias que pueden producirse por un sin número de hechos, o tener su origen en causas atribuibles al sujeto pasivo, al azar o a la maquinación del propio delincuente⁶⁴.

Este desamparo puede ser físico o psicológico, pudiendo constituir por ejemplo, un grave desamparo del sujeto pasivo, en el aspecto afectivo.

La situación de desamparo que afecta a la víctima, podrá ser de carácter permanente o transitorio (lo que interesa es que exista al momento de la comisión del delito).

Presupuesto de esta norma como ya lo explicamos con anterioridad, es que el agente debe aprovecharse, abusar de esta situación para cometer el delito, y por otro lado el desamparo debe revestir la característica de “grave”. Esto significa que aquel debe ser de tal envergadura, que resulte decisivo en pro de la manifestación de la voluntad de la víctima, a la realización del acceso carnal.

6.2.- ESTUPRO POR ENGAÑO

Este tipo de estupro está recogido en la 4ª hipótesis que señala el artículo 363: “Cuando se engaña a la víctima, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”.

El engaño debe consistir en hacer formarse a la víctima, una falsa representación de la realidad, esto es, debe recaer sobre hechos presentes o pasados. Es importante tener presente que el medio comisivo del engaño, es en sí mismo constitutivo de un disvalor, tanto debido al contexto propio del Código Penal, como el significado en sí del medio comisivo señalado, el que puede incluir las situaciones más diversas y adquirir una modalidad heterosexual como homosexual.

⁶⁴ Véase Rodríguez Collao, Luis: Ob.Cit. Pagina 177.

Es necesario tener en cuenta que la persona menor de edad, por el solo hecho de ser menor, se encuentra en un estado de mayor indefensión sexual, dado que el carácter masivo de las relaciones sexuales pre matrimoniales desde un punto de vista macrosocial se produce cuando ellos son mayores de edad, aunque la fase de inicio provenga en rango de edades más tempranas. No obstante, independiente de que si una persona de cualquier edad haya tenido o no una experiencia sexual con anterioridad, puede ser víctima de engaño, para obtener de ella el consentimiento en una relación sexual, que de otra manera no habría accedido, con mayor razón ello es posible, tratándose de una persona menor de edad, es por este motivo, que el derecho le otorga una especial protección, cuando éste es cometido en contra de una persona menor de edad.

El engaño es el ardid del que se vale una persona para obtener el consentimiento de la otra, que de otro modo no lo tendría.

El medio más frecuente para la comisión del estupro por engaño, es la seducción, que es la manera más fácil de engañar y de vencer la voluntad de la víctima en este ilícito; seducir es aprovecharse de la inexperiencia de la víctima o de su ignorancia, para lograr vencer con artimañas su voluntad, a fin de que ceda a los apetitos sexuales del sujeto activo.

La doctrina hace un paralelo para tratar de definir el estupro por engaño, señalando que la violación es el delito de robo sexual, en cambio el estupro por engaño, es la estafa sexual, atendido a que el consentimiento de la víctima para el acceso carnal, es debido al error en que cae el sujeto pasivo, por los engaños empleados por el agente.

El engaño, debe producir como consecuencia, que la víctima preste su consentimiento, debido a la falsa representación de la realidad en la que cae, para el acceso carnal, éste debe producirse como consecuencia del engaño, por lo que no bastaría que el ardid o las maquinaciones realizadas por el agente, lleven a la víctima sólo al sitio del suceso, el engaño debe tener una incidencia especialmente significativa en la libertad sexual.

Otro de los elementos del tipo penal, es la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima, debido a que ésta no tiene la madurez suficiente para apreciar la significación sexual de la conducta. En la disposición se enfrenta el engaño, mediante un tipo especial, que consiste en el abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual del sujeto pasivo, situación en la que el consentimiento de éste es manipulado por el agente.

El engaño sobre la significación sexual de la conducta, sólo puede ocurrir cuando la víctima sea una persona susceptible de ser engañada, sobre el acceso carnal, sea por su ignorancia o su inexperiencia sexual.

El engaño es el elemento primordial y distintivo de este tipo de estupro, pues se vale de éste para obtener la voluntad del sujeto pasivo y así lograr el acceso carnal con éste.

Este elemento no es sino la concreción de un proceso de seducción, mediante el cual se traslada el ánimo de otro, es una creencia errónea, que le predispone a tener acceso carnal con el autor de aquel, y de eficacia tal, que de no haberse verificado, el mencionado acceso carnal, no hubiere tenido lugar.⁶⁵

El engaño tiene dos elementos:

- 1.- El subjetivo: que consiste en la intención de engañar,
- 2.- El objetivo: que dice relación con los procedimientos empleados para engañar al sujeto pasivo.

La víctima tiene que resultar efectivamente engañada, viendo enturbiada, su facultad de autodeterminación.

Acceso carnal y engaño han de estar causalmente ligados, el sujeto pasivo ha de prestarse al acceso carnal, con la voluntad no espontáneamente formada, sino viciada, por las maquinaciones desplegadas por el agente, hasta el punto de que si hubieran fallado éstas, el acceso carnal no se habría verificado.

El engaño, como elemento que es del tipo, ha de ser probado, siendo inadmisibles sus presunciones.

La figura que describe a la víctima en esta hipótesis, es la de una persona menor, sexualmente ignorante o inexperta, que se enfrenta a un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipular la voluntad del menor para así llevarlo a una interacción sexual. Tal conducta obedece para el sujeto activo, a la satisfacción de sus impulsos sexuales, pero para el menor, no tiene el mismo sentido, pues se ha manipulado su voluntad, y en este aspecto radica el abuso.

El engaño, así descrito, por tanto, consiste, en una modalidad precisa de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual.

Abusar es sacar partido o utilizar ventajas propias de una situación de hecho, que en el caso concreto del ilícito que tratamos, es la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima.

Ignorancia significa desconocimiento, y en el caso sub lite, desconocimiento de lo sexual, a diferencia de inexperiencia, que consiste en la ausencia de experiencia en ese ámbito, por lo que no deja de ser inexperto el menor a quien en el desarrollo de su educación, se le han impartido exhaustivos conocimientos sobre sexualidad, pero carece de experiencia. Ésta puede haberse obtenido por la práctica del acceso carnal, o por haber obtenido el conocimiento de lo sexual por

⁶⁵ Véase Ortiz Berenguer Enrique, Ob. Cit. Página 249.

medio de la propia conducta, aunque el menor no haya llegado a ser accedido. Además está decir que la inexperiencia o la ignorancia sexual, según sea el caso, tiene que ser probada, la ley no la presume.

Se considera que la víctima menor de edad, ignorante o inexperta en materia sexual, presta su voluntad para el acto sexual, mediando procedimientos dolosos por parte del sujeto activo, ese consentimiento se encuentra viciado, y por lo tanto en estos casos, los menores son especialmente protegidos por la Ley Penal.

7.- ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO:

Todas las circunstancias ya reseñadas del tipo admiten dolo directo, por cuanto, a nuestro parecer, el elemento del abuso o del engaño, sólo puede verificarse a través de dolo directo. Así el hechor deberá por una parte, estar consiente de la situación de inferioridad, dependencia, desamparo, inexperiencia o ignorancia de la víctima, y por otra, deberá tener la intención precisa de aprovecharse de tal situación para acceder carnalmente a ella. La posibilidad de cometer el delito con dolo eventual, sólo puede referirse al requisito de la edad de la víctima, como ya se indicó en el apartado nº 5 de este capítulo, esto significa que el sujeto activo, se representa la posibilidad de que la víctima sea menor de edad, y ante tal situación la acepta (dolo eventual), sin embargo, este tipo de dolo no puede abarcar los otros elementos del tipo penal, por cuanto el abuso o el engaño requieren de dolo directo.

8.- OBJETO JURÍDICO PROTEGIDO

El ser humano, al encontrarse viviendo en sociedad, se preocupa por proteger todo lo referente al sexo, ya que es de vital importancia que se desarrolle, en un plan psicológico y físico normal, así el Estado, otorga su protección al bien jurídico de la libertad y la seguridad sexual.

La libertad sexual, es una manifestación de la libertad individual, esto es, del libre actuar y querer del hombre, para satisfacer sus necesidades. Es la libre disposición del propio cuerpo, en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y por la costumbre social.⁶⁶ Es también el derecho de la

⁶⁶ Véase Bayardo Benga Fernando: Sobre delitos sexuales. Centro de Estudios de Derecho, Montevideo, Uruguay. 1957. Página 17

persona de disponer de su cuerpo, en materia sexual, como a bien tenga, y consecuentemente, para abstenerse de tener relaciones sexuales.

Dado el respeto por la dignidad humana, es lógico que ninguna persona, sea cual fuere su raza, condición social o moral, su edad o su sexo, puede ser sometida contra su consentimiento real y verdadero, o asaltada en su buena fe, mediante engaño, a trato sexual alguno, sin que ello constituya una ofensa a un interés básico de la vida en sociedad: La Libertad sexual.

El concepto de libertad sexual tiene dos aristas, una positiva, en la que se atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular, como frente a los demás, y una arista negativa que recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual.

Sin embargo en el delito de estupro, el sujeto pasivo ha ejercido su libertad sexual, pero como ya lo hemos indicado, la víctima consciente en la relación sexual. Sin embargo este consentimiento tiene un vicio en su raíz.

En el proceso de toma de decisión, se ha cruzado un elemento intencionado, interpuesto o aprovechado por el agente, para inclinarlo a favor de su pretensión. Por ello bien puede sostenerse que a diferencia con la violación, en el cual la negativa o es inoperante o es susceptible de acarrear serios males, sin garantizar mínimamente que el atropello sexual no vaya a producirse, o cuando no se está en condiciones de exteriorizar la aceptación o rechazo, en el estupro, el sujeto solicitado sexualmente, mediando por ejemplo, promesa de matrimonio que no se piensa cumplir, tiene la posibilidad de negarse a los requerimientos, con el peligro de ruptura del ejemplificado compromiso, pero la tiene, como la tiene quien se ve presionado por alguien que ocupa respecto de él una posición de superioridad, con un serio riesgo.

En todos los supuestos del estupro, la víctima se enfrenta a una disyuntiva, y ha de optar por uno u otro extremo de la misma.

Además debe tenerse en cuenta, que ni el prevalimiento, ni el engaño, son tomados por el Código Penal, como medios de una contundencia extrema, sino por el contrario, como medios fácilmente rechazables, tanto es así, que los considera inadecuados para influir decisivamente e inadmisiblemente en el ánimo de una persona mayor de 18 años (circunstancia que a nuestro parecer, es discutible, si nos encontramos en el supuesto del estupro de prevalimiento, en el que a pesar de que la víctima es libre de aceptar o rechazar una relación sexual, juega en su contra una relación de dependencia, por ejemplo laboral, que puede inhibir, la decisión de rechazar la situación).

Considerando lo anterior podemos sostener, además de libertad sexual, aparece como bien jurídico protegido en los delitos de estupro, el proceso de formación de voluntad, de la decisión final, interferido por el engaño del sujeto activo o por el prevalimiento de su posición de superioridad.

Este proceso, merece ser protegido por el Legislador, de forma muy especial, cuando se trata de menores de edad.

El ser humano en su evolución vive distintas etapas psicológicas y biológicas que le permiten irse preparando en los distintos campos de su desenvolvimiento, necesita obtener una madurez para poder practicar las relaciones sexuales sin sufrir ningún tipo de daño, dándose ésta con el transcurso del tiempo y las vivencias que va teniendo el propio individuo, tanto en su persona como en la de terceros.

Uno de los indicadores de la madurez citada, es la edad, ya que está científicamente demostrado que la generalidad de los seres humanos a determinados años pasan de una etapa psicológica a otra.

El Estado en su preocupación por equilibrar esta desventaja en que se encuentran los varones o mujeres mayores de doce años y menores de dieciocho, para realizar las relaciones sexuales, sanciona penalmente a quienes se aprovechan de estas circunstancias.

Naturalmente la tutela recae sobre este complejo proceso de formación de la voluntad en orden al ejercicio de la sexualidad, en orden a adoptar una resolución sobre si se acepta o declina una solicitud sexual.

Por lo tanto, la libertad sexual aparece protegida, aunque eso sí, frente a un ataque de menor violencia que el inherente al delito de violación.

El legislador tutela no únicamente aquellas acciones destinadas a obtener, mediante el engaño o el prevalimiento, el acceso carnal a una persona que por su poca experiencia o madurez, se encuentra incapacitada para decidir de manera consciente y responsable sobre estas relaciones; sino que también evita consecuencias perjudiciales para ellos mismos y para la sociedad, así como la descomposición de ésta, por conductas sexuales contra natura, nacidas en muchas ocasiones como resultado de las prácticas sexuales en personas sin la apropiada madurez.

La ilicitud que se castiga en el fondo, es que el consentimiento que se había dado, resulta ineficaz, debido a que la víctima, por su estado de inocencia y falta de experiencia sexual, no había podido dar un consentimiento que abarcara todas las consecuencias del acto.

Hay cierta doctrina que todavía estima que el bien jurídico protegido en el delito de estupro, es la honestidad, en el aspecto de la normalidad temporal del

trato sexual, se castiga un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad de la víctima y su inexperiencia⁶⁷. En este sentido la honestidad está referida a la inexperiencia sexual.

A nuestro humilde parecer, el estupro es una lesión, un atentado a la libertad sexual de la víctima, en cuanto a que , aún con capacidad para ejercer su libertad sexual, y sin concurrir su voluntad contraria o la imposibilidad de manifestarla, se logra su consentimiento viciado, siendo otra cosa, el grado de intensidad con que se ha de proteger tales vicios del consentimiento, dado el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

9.- ESTUPRO Y VIOLACIÓN: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.

9.1.- SEMEJANZAS:

a.- Al hablar de estupro y violación, lo primero que se debe probar, es el elemento esencial que da vida a estos hechos punibles, el acceso carnal, constituyendo éste el núcleo de la acción, pues sino concurre, no se configura ninguno de los dos delitos.

b.- En ambos delitos , la penetración que se tiene en cuenta, es sólo la que se realiza con el miembro viril. No constituye violación ni estupro, la introducción en los orificios vaginal, anal o bucal, de otras partes del cuerpo del sujeto activo, o de instrumentos o mecanismos, aunque se les otorgue un contenido sexual.

c.- Con las modificaciones introducidas por la ley 19.617, se tipifican las tres vías , por las que se puede acceder carnalmente a la víctima, esto es la vagina, el ano o la boca. Estas vías son las mismas para ambos delitos.

d.- Finalmente en ambos hechos punibles, se rechaza la idoneidad de la mujer como sujeto activo posible de los delitos de violación y estupro, puesto que únicamente el hombre puede acceder carnalmente a otra persona.

En cuanto a las semejanzas entre ambos hechos punibles, algunos autores han sostenido⁶⁸ que entre la violación y el estupro, no existe un núcleo diferenciador cualitativo entre ambas figuras. En efecto, la mayoría de las circunstancias constitutivas de ambos delitos se refieren al aprovechamiento por parte del sujeto activo de la situación de indefensión de la víctima para oponerse realmente al acceso carnal. Así en todos ellos la voluntad de la víctima se encuentra viciada, y en definitiva ausente.

Frente a esta tesis, hay autores que sostienen, una posición antagónica al señalar que entre ambos delitos, no existe una relación de género a especie, ni

⁶⁷ Véase: Creus Carlos. Ob. Cit. Página 198.

⁶⁸ Véase: Tobar Sala Juan Carlos. Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley. Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. 1999. Página 51.

tampoco es el estupro una figura residual de la violación, si bien ambos tipos penales atentan en contra de un mismo bien jurídico y como ya lo vimos tienen numerosos puntos de contacto, la diferencia radica básicamente, en que mientras en la violación el hechor no cuenta con la voluntad de la víctima, en el estupro en cambio, el sujeto activo si cuenta con la aquiescencia de aquella⁶⁹.

Compartimos en este trabajo esta última postura, y en consecuencia, analizaremos a continuación las diferencias entre ambos delitos.

9.2. DIFERENCIAS:

a.- El acceso carnal, se obtiene en el estupro, mediando el consentimiento de la víctima, obtenido por medio del prevalimiento del sujeto activo, o por medio del engaño. En el delito de violación el acceso carnal es impuesto a la víctima, sin su voluntad o contra la misma.

b.- En la violación el sujeto pasivo, ve atropellada hasta la total o casi anulación, su capacidad de decisión o, mejor dicho, de hacer efectivas las resoluciones tomadas, o no se le reconoce la posibilidad de prestar su aquiescencia de forma eficaz o hay un aprovechamiento de la falta de conciencia.

En el delito de estupro, el sujeto pasivo consiente al acceso carnal, estando calificado para ello y ejercita, por lo tanto, su facultad o libertad, sin que su voluntad aparezca forzada, aunque si influida o condicionada por el engaño o el prevalimiento de una situación de superioridad aprovechadas por el sujeto pasivo.

La diferenciación entre estos dos delitos, estriba en que, en el delito de estupro, tiene que realizarse el acceso carnal, con el consentimiento de la víctima, en cambio, el delito de violación debe efectuarse sin la voluntad real de la víctima, esto hace que ambos delitos se excluyan entre sí y no puedan coexistir dentro del mismo hecho delictuoso.

10.- ITER CRIMINIS

El estupro se consuma, al igual que la violación, en el momento en que se perfecciona, el acceso carnal, no siendo suficiente en consecuencia, la sola utilización del medio (abuso o engaño). Sin embargo para que exista el delito consumado, no es necesario que la penetración se realice en su totalidad, esto es, basta a nuestro entender con la penetración aún parcial del miembro masculino en algunos de los orificios de la víctima descritos por la Ley.

Contrario a esta postura, algunos autores han sostenido, que respecto a la boca de la víctima, se exige por el Legislador la penetración total, en cualquier

⁶⁹ Véase Rodríguez Collao, Luis. Ob. Cit. Página 169.

caso sin necesidad de eyaculación. Afirman que la lejanía que presenta la boca respecto de las zonas genitales, así como de la naturaleza y de las funciones de estas últimas, no tiene la misma relevancia que la vagina o ano⁷⁰.

No compartimos tal argumento, por cuanto el Legislador, al enumerar las tres vías por las que puede verificarse el acceso carnal, no ha distinguido entre ellas, ni tampoco ha dado, preferencia a unas respecto de otras. Además, la introducción del órgano sexual masculino, en la boca de la víctima tiene las mismas y graves consecuencias para ésta, que si se hubiere realizado por las otras vías.

Habrá tentativa de estupro, cuando el hechor ha dado principio de ejecución al acceso carnal de la víctima, quedando comprendidas en este concepto, todos aquellos actos del sujeto activo que de una manera directa e inequívoca tiendan a penetrarla sexualmente por la vagina, el ano o la boca, pero sin alcanzar a introducir su miembro en alguno de dichos orificios.

Respecto al delito frustrado, podemos señalar que este existirá cuando la intromisión del miembro viril en alguno de los orificios de la víctima, no llegó a verificarse por causas independientes de su voluntad, como por ejemplo la llegada de terceros, la policía, eyaculación precoz, etc.

Sin embargo, hay autores que estiman es inadmisibles la figura del delito frustrado en el estupro⁷¹, argumentando que este delito es de los llamados de "mera actividad", porque aparte de la conducta, el tipo no exige ningún otro suceso, y menos aún, un suceso encuadrable bajo la idea de resultado; es decir, una alteración en el mundo externo, que pueda ser tenida como consecuencia de la realización de la conducta. Sostienen que de conformidad con el artículo 7 inciso 2º del Código Penal, dicha figura (delito frustrado) supone que el agente haya realizado la totalidad de los actos que el tipo exige de su parte, de manera que para la consumación del delito sólo reste la producción del resultado. Así en los delitos de mera actividad, que por su propia definición no demandan un resultado, la ejecución de todos los actos que la Ley pone de cargo del sujeto activo implica ya consumación, lo cual obsta a la posibilidad de aplicar respecto del estupro, la figura del delito frustrado.

11.- PARTICIPACIÓN CRIMINAL

El estupro pertenece a la categoría denominada "delitos de propia mano", figuras que si bien pueden ser realizadas por cualquier persona, requieren de una actividad directa del autor. Presupone un comportamiento corporal o personal que

⁷⁰ Véase Tobar Sala, Juan Carlos. Ob. Cit. Página 41 y 42.

el hechor debe ejecutar por sí mismo de modo inmediato, dado que sólo así realizará el contenido de lo injusto de la acción específica de esta clase de delitos, que en caso analizado corresponde al acceso carnal.

En estos hechos, lo reprochable no es tanto el resultado, o las circunstancias del mismo sino la acción en sí.

El autor no requiere de condiciones particulares, pero se le exige que actúe por sí mismo, personalmente en la ejecución.

Supuesta la existencia de que el delito de estupro, corresponde a la categoría de delitos de propia mano, se ha de concluir que quien no realice, el comportamiento corporal exigido en el tipo, no puede ser autor.

Sin embargo, tenemos que tomar en consideración que determinadas personas, pueden tomar parte en la ejecución del hecho o cooperar en su realización, debiendo aplicarse en consecuencia las reglas de la participación criminal, pues no hay que olvidar que nuestro Legislador a estas personas, en determinadas circunstancias las considera como autores, sólo para efectos de la aplicación de la pena, aún cuando , sólo tienen la calidad de partícipes en el delito de que se trata. Así por ejemplo, aquella persona que concertado con el autor ejecutor, coopera a la realización de las maniobras tendientes a engañar a la víctima, que se traduce en el posterior consentimiento que aquella presta para la realización del acceso carnal, será sólo un cómplice castigado como autor, según lo previsto en el artículo 15 n° 3 del Código Penal.

Será cómplice, aquel que ejecute acciones secundarias, encaminadas a la realización del estupro, siempre y cuando no se pruebe que ha existido concierto con el autor directo.

Será encubridor, quien sabe que un tercero ha efectuado la conducta delictiva de estupro y está de acuerdo en ocultarlo después de su realización.

12.- PENAS A APLICAR.

La pena asignada al delito de estupro es reclusión menor en su grado medio a máximo, esto es, en la escala gradual, de 541 días a 5 años. Como no existe norma especial que regule el iter criminis en este delito, se aplicarán las normas generales, esto es, rebajando en un grado, al mínimo señalado por la ley en el caso del delito frustrado, y dos grados en el caso de la tentativa.

⁷¹ Véase Rodríguez Collao, Luis. Ob. Cit. Página 184.

13.- HIPÓTESIS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN

13.1.- Artículo 368 del Código Penal.

El artículo 368 del Código Penal, en su actual redacción, establece una circunstancia agravante, que consiste en establecer que si alguno de los delitos (entre ellos el de estupro), establecidos en los párrafos 5º y 6º, hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, maestro, empleado o encargado por cualquier título de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito, con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados (que justamente es el caso del estupro) o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible.

En el inciso 2º del artículo 368 del Código Penal, se regula una excepción a esta agravante especial, a través de la reiteración de la parte segunda del inciso primero del artículo 63 del mismo cuerpo legal, disposición que establece que no producen el efecto agravatorio las circunstancias que la Ley expresó al describir y penar la conducta. Así, se exceptúan los casos en que tales calidades del sujeto activo, son circunstancias propias del tipo, como en el caso del artículo 363 nº 2, que precisamente señala la circunstancia de abusar el agente de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor, está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. Esto en orden a respetar el principio del “non bis in idem” .

13.2.- La circunstancia agravante del artículo 371.

Este artículo, hace alusión a los dos párrafos anteriores, por lo que también es aplicable al delito de estupro. La agravante contempla una causal de agravación para los ascendientes, guardadores, maestros y en general las personas que con abuso de autoridad o encargo actúen en calidad de cómplices. La norma establece que serán penados como autores. En consecuencia, quedan excluidas de esta disposición otras formas de participación, puesto que la norma sólo alude a la complicidad.

13.3. Fundamento de las agravantes.

El legislador ha previsto estas dos agravantes, la primera más específica para los autores, y la segunda un poco más amplia para los cómplices, en atención a que existe una posición de garante de la persona correspondiente o de

los familiares con el menor. Supone que estas personas por tener la calidad que poseen como por ejemplo, un maestro o un ministro de un culto religioso, tienen con la víctima un determinado tipo de relación que supone, un cierto grado de confianza, siendo más reprochable, por ende, la comisión de este tipo de delitos por esta persona que tiene algunas de las calidades enumeradas, que aquella que no la posee.

14.- NORMAS PROCESALES MÁS IMPORTANTES EN EL DELITO DE ESTUPRO.

14.1.- De la acción penal:

El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, establecía que para iniciar el respectivo proceso, se debía ejercer la acción penal privada, o sea, el estupro se enmarcaba dentro de los delitos que sólo podían ser investigados mediando previamente el ejercicio de una querrela, la que podía ser interpuesta personalmente por la persona ofendida o de quien tuviere su representación legal. La ley 19.617, derogó el nº 3 del artículo referido, y reguló el ejercicio de la acción penal en el artículo 369 del Código Penal, el que establece que el procedimiento se iniciará a lo menos por denuncia del hecho a la justicia, al ministerio público o a la Policía, por la persona ofendida, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien la tuviere bajo su cuidado: Si la persona ofendida, a causa de su edad o estado mental, no pudiere hacer por sí misma la denuncia. No tuviere padres, abuelos o guardadores o persona encargada de su cuidado, o si, teniéndolos, estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, la denuncia podrá ser efectuada por los educadores, médicos u otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de su actividad, o podrá procederse de oficio por el ministerio público, quien estará facultado para deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370 del Código Penal.

De la normativa expuesta, se desprende que el estupro, es un delito de acción penal mixta, en los que la simple denuncia da inicio al procedimiento, siendo esto muy útil, porque donde mayores inconvenientes producen estos hechos, es en aquellos sectores más desfavorecidos, para los cuales deducir querrela es una enorme complicación; exigirla (como en algún momento se pensó en la discusión del proyecto), dificulta el acceso a la justicia y entrega un mensaje totalmente distinto al que se desea, que es precisamente facilitar el ejercicio de la acción penal.

Otro punto que hay que destacar en la nueva norma, son las alternativas que ofrece la ley, en orden a otorgar la facultad de realizar la denuncia a personas que no son familiares de la víctima, o que no la tienen bajo su cuidado. Si bien estas personas como los educadores o los médicos que han atendido a la víctima, son supletorias, o sea, pueden formular la denuncia cuando aquellos están imposibilitados o implicados en el delito, es un gran avance, pues como ya lo hemos referido en los capítulos anteriores, el gran problema de los delitos sexuales, es que éstos son cometidos, en su gran mayoría por personas muy cercanas a la víctima, conocidos y en muchos casos familiares, siendo esta circunstancia motivo para que la denuncia nunca llegue a formularse, quedando impune en consecuencia el delito cometido.

14.2.- De la forma de apreciar la prueba:

El artículo 369 bis, establece que el Juez en los casos del delito de estupro y otros, apreciará la prueba rendida en autos, conforme con las reglas de la sana crítica.

El sistema de la sana crítica combina los sistemas legal y el de la libre convicción, y en él se deben respetar, los medios de prueba establecidos por la ley y la forma de rendirla, pero su valoración y apreciación son flexibles, permitiendo la ponderación, la evaluación por el Juez, conforme a las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de la equidad. Los tres elementos de este sistema descansan en la ciencia, la conciencia y la experiencia.

Como regla general, en Chile rige el principio de la convicción libre pero razonada del Juez. Presupone la libre valoración de las pruebas, que unida a la lógica, la psicología y la experiencia, permiten al juzgador resolver eficazmente, sin que pueda independizarse de las leyes reguladoras de la prueba.

El sistema de la sana crítica debe a demás, realizarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que establece que nadie puede ser condenado por delito, sino cuando el Tribunal que lo juzgue, haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la Ley.

14.3.- En cuanto a las medidas cautelares:

El artículo 372 ter del Código Penal, faculta al Juez del Crimen para que en cualquier estado del juicio, pueda decretar medidas cautelares que van en directa

protección del ofendido y su familia. Esta norma otorga una facultad al Juez, no es una norma imperativa, por lo que el Tribunal conforme a los antecedentes que obren en el proceso puede a petición de parte decretar algunas de las medidas que la norma referida establece. También además lo puede realizar de oficio, sin embargo en esta situación la resolución que la decreta debe ser fundada. El artículo aludido, establece como medidas cautelares la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que deberán informar periódicamente al Tribunal, la de prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel. La norma aludida utiliza la expresión “tales como”, por lo que se deduce que las medidas que en dicho artículo se indican no son taxativas, dejando abierto el campo para que el Juez dicte otras, que sean de conveniencia a la víctima y que procuren su protección tanto física como psíquica.

14.4.- En cuanto al secreto de la identidad de la víctima.

El artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, establece que las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones legales, y en su inciso 2º señala que en el delito de estupro y otros delitos sexuales, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva, respecto de terceros ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El Juez al iniciar al procedimiento, junto con la resolución que ordena instruir sumario, debe decretarlo así, y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa, debiendo el Tribunal adoptar todas las medidas que fueren necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima se lleven a cabo privadamente.

14.5.- De la comprobación del hecho punible y de la identificación del delincuente:

La Ley 19.617 introdujo el nuevo artículo 145 bis en el Código de Procedimiento Penal, que establece que los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, como los consultorios por ejemplo, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el cuerpo del delito y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar las pruebas y muestras correspondientes.

Con esta disposición se pretende asegurar la práctica de los exámenes médicos y pruebas biológicas para constatar las huellas y manifestaciones (ya no las lesiones) de la relación sexual y sus circunstancias, como asimismo las lesiones causadas, si las hubiere.

Se incorporan así a nuestra legislación procesal penal, las disposiciones necesarias para establecer y asegurar la utilización de mecanismos de excelencia técnica, como la realización de exámenes de A.D.N. , que puedan determinar la existencia del delito y la comprobación de la identidad del responsable.

De todo lo actuado debe levantarse un acta, firmada por el jefe del establecimiento y por los profesionales que hubieren verificado el examen y reconocimiento.

De esta acta, deben sacarse dos copias, una para ser entregada a la víctima y la otra, juntamente con los resultados y exámenes obtenidos, deben custodiarse bajo estricta reserva en la dirección del establecimiento de salud correspondiente, para ser remitidas al tribunal correspondiente.

El Juez con el mérito del informe médico y de los antecedentes del acta, puede dar por legalmente acreditados los hechos y por constatadas las lesiones, así como la existencia de estas últimas. Esto debido a la remisión que se establece a los artículos 472 y 473 del Código de Procedimiento penal, que señala el valor probatorio que tiene los informes periciales que se realizan al efecto.

Con esta norma, se logra, además de una economía procesal, conservar información que va a desaparecer, acreditar hechos que son de difícil prueba y evitar que el Tribunal vea dificultada o imposibilitada la comprobación de la autoría y sobre todo se aliviana, en gran medida, la recarga de trabaja que tiene hoy en día el Servicio Médico Legal.

14.6.- De la diligencia de careo:

El careo se encuentra regulado en el título VIII del Libro II del Código de Procedimiento Penal, que consiste en una diligencia probatoria establecida para aclarar los dichos contradictorios entre testigos o inculpados entre sí y que se enmarca dentro de las pruebas que tienden a la identificación del autor del hecho punible. El careo es una actuación procesal que tiene por objeto la confrontación que se hace de los dichos discordantes de los testigos o procesados, a fin de que se coloquen de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido o expliquen la contradicción acerca de algún hecho o de alguna circunstancia relevante para el proceso.

La ley 19.617 agregó un último inciso al artículo 351 del cuerpo legal aludido, por lo que , en conformidad a la nueva disposición, se establece que el careo no procederá entre inculpados o procesados y la víctima, a menos que el Juez lo estime indispensable para la comprobación del hecho o la identificación del delincuente, debiendo en este caso, recurrir al mecanismo del artículo 355 , reputándose a la víctima como testigo ausente, a menos que ésta consienta expresamente en la diligencia.

Esta norma fue incorporada en orden a que la sola consideración de la naturaleza de esta diligencia, permite apreciar cuan traumática, puede resultar para la víctima de un delito sexual, verse enfrentada con la persona que la ha vejado.

14.7.- En cuanto a las tachas:

El nuevo artículo 463 bis del Código de Procedimiento Penal establece que en el delito de estupro, y otros delitos sexuales, no regirán las normas sobre inhabilidad de los testigos, contempladas en el artículo 460, que se funden en razones de edad, parentesco, convivencia o dependencia.

Esta norma, no es sino la consecuencia del espíritu de la Ley 19.617, que pretende hacer más flexible el procedimiento en los delitos sexuales. Además como ya lo expresamos en los capítulos anteriores, los delitos sexuales, y entre ellos el estupro, en la mayoría de los casos, sucede en el interior de la familia, o sea, el agresor o es un pariente de la persona ofendida o es una persona conocida por ella, por lo tanto, testigos de lo ocurrido serán generalmente las personas cercanas a ambos, las que por razones obvias, no pueden ser consideradas inhábiles, siendo sus testimonios en ocasiones esenciales para la acreditación del hecho.

15.- OTRAS NORMAS LEGALES MODIFICADAS DE ACUERDO A LA NUEVA REGULACIÓN PENAL.

15.1.- Alimentos:

La ley 19.617 modificó el antiguo artículo 370 del Código Penal, estableciendo que el condenado por delito de estupro u otros delitos sexuales, además de las indemnizaciones que correspondan conforme a la reglas generales, será obligado a dar alimentos cuando proceda de acuerdo a las normas del Código Civil.

En este caso, nos encontramos ante el supuesto que el acceso carnal, haya tenido como resultado la concepción de una nueva vida, o sea, una vez que se ha determinado que se ha cometido estupro y el autor de él es condenado como tal, éste debe dar alimentos al nuevo hijo concebido en esta forma. El Código Penal, establece una norma imperativa, por lo que toca al Juez del Crimen en la sentencia definitiva, declarar la circunstancia ya referida. Sin embargo creemos, que el Tribunal competente para regular esta materia es el Juzgado de Menores correspondiente, pues ellos tienen la facultad para conocer estas materias, y los instrumentos necesarios para poder determinar la pensión alimenticia concreta que se deberá otorgar en cada caso, sin embargo la obligación de dar alimentos en estos supuestos es legal y así dado el supuesto de que un sujeto sea condenado por delito de estupro, y de este hecho haya nacido un hijo, el Juez del Crimen debe declararlo así, y en su oportunidad remitir los antecedentes al Juez de Menores correspondiente, para que éste realice la correcta regulación de ellos. Creemos que en la práctica una vez ejecutoriada la sentencia que declare a una persona como autor del delito de estupro, el Juez mandará las copias de la sentencia correspondiente al Tribunal de Menores.

15.2.- Patria Potestad:

El nuevo artículo 370 bis del Código Penal establece, que el condenado por el delito de estupro, u otros delitos sexuales cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere, y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la Ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

15.3.- En cuanto a la guarda y otros derechos legales:

El artículo 372 del Código Penal establece una pena accesoria para los condenados por delito de estupro u otros delitos sexuales, que consiste en la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los

casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo que el Tribunal determine.

15.4.- En cuanto a los beneficios del cumplimiento alternativo de la pena.

El nuevo artículo 30 de la Ley 18.216, otorga una nueva facultad al Juez del Crimen en lo relativo al cumplimiento alternativo de la pena, esto es, el Tribunal puede condicionar el beneficio otorgado, (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna o libertad vigilada), según corresponda, estableciendo que el condenado por delito de estupro u otros delitos sexuales no ingrese a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido. Esta norma, no es más que la continuación de la protección de la víctima, a la cual desde un comienzo se le puede otorgar dicha garantía durante el curso del procedimiento (a título de medida cautelar).

Si el sentenciado quebrantare esta condición, el Tribunal puede revocar el beneficio otorgado, declarando que aquel deba cumplir real y efectivamente la pena corporal impuesta.

CONCLUSIONES

La reforma introducida por nuestra Ley 19.617, ha sido un gran avance, en la tarea de adecuar las normas legales a la realidad que viven los miembros de la Sociedad. Si bien aquella no es perfecta, ha incorporado y definido conceptos que no eran previstos por la Ley, y que eran entregados a la interpretación de los jueces del fondo.

La ley en estudio, ha creado en definitiva un nuevo tipo penal, pues si bien, el estupro era un hecho punible sancionado por la Ley, sólo consideraba como tal, al denominado estupro fraudulento, el que además resultaba prácticamente inaplicable, pues como ya lo indicamos el sujeto pasivo debía cumplir con el requisito de la doncellez, término que no era definido por el Legislador, por cuanto era tarea de los Tribunales de Justicia, interpretar que se entendía por doncellez. Las hipótesis de prevalimiento no eran típicas, por lo que en varias ocasiones éstas eran absorbidas por el delito de abusos deshonestos, hoy denominado abuso sexual.

Creemos que la nueva normativa introducida por la Ley 19.617, ha logrado establecer que no sólo la violación es un atentado contra la libertad sexual de las personas, sino que también, lo es el estupro, el que puede revestir la fórmula del prevalimiento o del engaño.

Consideramos también que la reforma, ha sido realizada de manera integral, esto es, modificando aquellos cuerpos legales, que se necesitan para así darle efectiva vigencia al nuevo tipo penal creado. Así un gran avance fue definir el delito de estupro como delito de acción penal mixta, necesitando sólo para dar curso al procedimiento la denuncia realizada por la persona ofendida o por sus representantes, y además, el Legislador se coloca en el supuesto, muy de ocurrencia en estos tiempos, que si el menor no puede hacer por sí mismo la denuncia, y las personas que la tienen bajo su cuidado no la hacen, pues por ejemplo están implicadas en éste (a cualquier título), puede colocar en conocimiento de la justicia las personas que atiendan a la víctima en los centros hospitalarios tanto públicos o privados.

Comparto la convicción de muchos, en el sentido de que una sanción justa, sin hacer milagros, contribuye en forma significativa a consolidar sentimientos positivos en las víctimas: protección, reconocimiento, apoyo, en definitiva, recuperar autoestima y sentirse simbólicamente restaurada, pues no debemos olvidar , que el delito de estupro es un atentado contra la libertad sexual de nuestros menores, que recién comienzan el despertar de su sexualidad.

El objetivo de este trabajo, fue estudiar de una manera particularizada el delito de estupro, tipo penal que casi no estaba en vigencia en nuestro sistema, creo que el tiempo nos dirá a medida que los Tribunales emitan sus sentencias respectivas al respecto, que este es un delito que se comete con una frecuencia que uno no alcanza a comprender su real dimensión.

BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- Alberto Donna, Edgardo. Delitos contra la integridad sexual. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.
- 2.- Barrera Domínguez, Humberto. Delitos Sexuales. Editorial Terris. Bogotá, Colombia. 1963.
- 3.- Bascuñan Rodríguez, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho nº especial, 1997. Universidad Austral de Chile.
- 4.- Bayardo Bengoa, Fernando. Sobre delitos sexuales. Centro de Estudiantes de Derecho. Montevideo. 1957.
- 5.- Begué Lezaún, J.J. Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales. Editorial Bosch S.A. España. 1999.
- 6.- Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.617. Compilación de textos oficiales del debate Parlamentario. Tomo I, II y III.
- 7.- Código Penal Español. Edición anotada a cargo del Doctor J. M^a Escrivá. Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Casa Editorial Bosch S.A.
- 8.- Creuss, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1983.
- 9.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. 12^o Edición. Casa Editorial Bosch. Barcelona, España.
- 10.- Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Segunda Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
- 11.- De Gusmão, Chrysolito. Delitos Sexuales. Traducido de la 4^a Edición brasileña y anotado conforme la doctrina argentina, por Manuel Osorio y Flarit. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires, Argentina.
- 12.- Del Río C., J. Raimundo. Elementos del Derecho Penal. Editorial Nacimiento. Santiago, Chile. 1939.
- 13.- Díez Ripollés, José Luis. La protección de la Libertad Sexual. Casa Editorial Bosch S.A. 1^o Edición. Barcelona, España. 1985.
- 14.- Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II y IV. Editorial Jurídica de Chile.
- 15.- Fontán Balestra, Carlos. Delitos Sexuales. 2^a Edición. Ediciones Arayú. Buenos Aires, Argentina. 1953.

- 16.- Garrido Montt, Mario. Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición. 1984.
- 17.- Instituto de la Mujer. Documento elaborado en el marco del grupo de trabajo legislación y derechos de la mujer, organizado por el Instituto de la mujer. Santiago, 1997.
- 18.- Labatut Glenda, Gustavo. Derecho penal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- 19.- López Betancourt, Eduardo. Delitos en particular. Tomo II. Editorial Porrúa S.A. México 1995.
- 20.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales, Sexualidad y Derecho. Editorial Porrúa S.A. México. 1991.
- 21.- Molina Guerrero, Mariel. Problemas de aplicación práctica de la Ley 19.617. Ley que modificó al Código Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Memoria de prueba. Universidad de Talca. 2000.
- 22.- Nuñez, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Delitos contra las personas. Ediciones Lemer. Córdoba, Buenos Aires, Argentina. 1997.
- 23.- Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la Libertad Sexual. Editorial Tirant, Lo Blanch. Valencia, España. 1995.
- 24.- Provoste, Patricia. Cero tolerancia a la violencia sexual. Instituto de la mujer. Santiago de Chile. Julio 1998.
- 25.- Queratt, Joan J. Derecho Penal Español. Parte Especial. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona, España.
- 26.- Riveros Ferrada, Carolina. Las circunstancias modificatorias en la reforma al sistema chileno de los delitos de connotación sexual. Memoria de prueba. Universidad Católica de Valparaíso. 1999.
- 27.- Rodríguez Collao, Luis. Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. Editorial Jurídica de Chile. 2000.
- 28.- Roemer, Andrés. Sexualidad, derecho y política pública. Grupo editorial, Miguel Angel Porrúa. México. 1998.
- 29.- Silva Silva, Hernán. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile 1991-1995.
- 30.- Soria , Miguel Angel y Hernández, José Antonio. El agresor sexual y la víctima. Editorial Boixamen Universitaria. Marcombo, España. 1994.
- 31.- Tieghi, Osvaldo. Delitos sexuales. Editorial Ábaro de Rodolfo Palma. Buenos Aires, Argentina. 1983.

32.- Tobar Sala, Juan Carlos. Violencia sexual. Análisis de la Nueva Ley. Escuela de Derecho. Universidad Católica de Temuco. 1999.

33.- Verdugo M., Mario. Código Penal concordado con Jurisprudencia y Doctrina. Tomo IV. Ediciones Encina. Santiago Chile.