



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO ESCUELA DE POSTGRADO

MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

**EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CONTEXTO DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL**

**AFE PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN
DERECHO PENAL**

ALFREDO EDGARDO COX CASTRO

PROFESORA GUÍA: ABOGADA CLAUDIA CARDENAS ARAVENA

SANTIAGO, CHILE

2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1 EL CONTEXTO DE LA VIOLACIÓN EN RELACIONES DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA	7
1.1. Matrimonio, convivencia y contenido sexual.....	8
1.2. Relevancia del contexto de violencia intrafamiliar	16
1.3. Estadísticas	21
CAPÍTULO 2 EL DELITO DE VIOLACIÓN Y BIEN JURÍDICO	29
2.1. El delito de violación en el matrimonio y convivencia y libertad sexual	32
2.2. Regulación especial del delito de violación cometido entre cónyuges o convivientes....	47
2.2.1 Evolución legal en delitos sexuales y artículo 369 Código Penal	49
2.2.2 Reglas de aplicación actual y naturaleza del artículo 369 del Código Penal.....	59
2.2.2.1 La existencia de matrimonio o convivencia en forma previa al hecho	60
2.2.2.2 Vida en común al momento de ocurrir la agresión	60
2.2.2.3 La voluntad de la víctima	62
2.2.2.4 Aprobación judicial	72
2.2.3. Naturaleza del artículo 369 del Código Penal	73
CAPÍTULO 3 CRÍTICAS Y PROPUESTAS A LA LEGISLACIÓN VIGENTE	78
3.1. En cuanto al delito de violación.....	78
3.1.1. Bienes tutelados y reproche.....	78
3.1.2. Acerca de otros delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar.....	80
3.1.3. Necesidad de establecer figura agravada	81

3.2. Acerca del artículo 369 del Código Penal	83
CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	93

RESUMEN

Este trabajo analiza el delito de violación perpetrado entre cónyuges o convivientes y el tratamiento histórico y actual que el Código Penal realiza de este tipo de agresiones en su artículo 369, el que permite el término de una causa iniciada a petición de la víctima, la que debe ser sometida a aprobación judicial, conforme a los criterios de aplicación que contiene la norma referida.

El trabajo aborda el tema desde la perspectiva del fenómeno de la violencia intrafamiliar y de manera específica, de la visión de la mujer como víctima; el contexto en que se produce la agresión y; la particular respuesta que el sistema entrega a la víctima, bajo un análisis detallado, crítico y propositivo de la redacción del artículo 369 del Código Penal.

Palabras claves: violación entre cónyuges, violación entre convivientes, libertad sexual, violencia intrafamiliar, violencia de pareja, artículo 369 Código Penal.

INTRODUCCIÓN

La presente actividad formativa equivalente a tesis tiene por objeto el análisis de la regulación legal del delito de violación cometida entre cónyuges o convivientes y las posibles respuestas del sistema jurídico penal. El supuesto se encuentra regulado en el artículo 369 del Código Penal.

Este trabajo pretende establecer, en primer lugar, desde lo normativo, jurisprudencial y doctrinario, el contenido, alcance y fundamento de dicha regulación especial; en particular, los supuestos en los que resulta aplicable y en dónde -pese a existir actuar típico y participación del autor- tal acto podría resultar impune y las razones de ello.

Nuestro enfoque parte de la premisa que la violación en contexto de matrimonio o convivencia se enmarca en el fenómeno de la violencia intrafamiliar, y dentro de esa categoría, la ubicamos en violencia de género y más específicamente, en la violencia de pareja. Por lo que la mirada de este trabajo se circunscribe a la mujer como víctima.

El presente estudio entonces, transita desde la perspectiva del bien jurídico objeto de protección, pasando por el tratamiento y contenido que las

uniones referidas representan y hasta el abordaje de cómo sanciona nuestra legislación el acometimiento de este tipo de hechos en un contexto de matrimonio o convivencia; deteniéndonos en el disímil tratamiento que se brinda a esta clase de agresiones en relación a otros delitos, incluso de menor entidad, que se producen en el marco de violencia intrafamiliar.

Al tenor de lo descrito, aparece nuestra segunda pretensión, dirigida a dilucidar la necesidad y pertinencia de crear figuras agravadas, además de analizar, criticar y desmenuzar los criterios de aplicación del artículo 369 del Código Penal, realizar una propuesta en relación al inciso cuarto de la norma en comento, con criterios que complementan su redacción actual, como también sobre lege ferenda.

CAPÍTULO 1 EL CONTEXTO DE LA VIOLACIÓN EN RELACIONES DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA

La promulgación y publicación en el mes de diciembre del año 2011 de la Ley 20.480, que sanciona el femicidio como un delito específico, modificó el artículo 290 del Código Penal al siguiente tenor: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”, lo que representaba una muestra de la necesidad de regular de manera específica, los ilícitos cometidos en el contexto de un vínculo afectivo entre víctima y victimario, sea de matrimonio o convivencia.

Esta consagración específica del femicidio, llena de simbolismos y de una declaración potente contra la violencia de género, asomaba como una instancia propicia para fortalecer una agenda legislativo-penal al efecto, pero pese a ello, no hubo mayores actuaciones en dicho sentido. Así, la regulación sobre la violación cometida respecto de cónyuges o convivientes - ilícito que en términos de punibilidad sigue al femicidio - no tuvo su correlato en modificaciones que agravaran su penalidad o que lo establecieran como un

delito especial, lo que sería esperable en el contexto de la perspectiva de género que propiciaba la consagración del femicidio y luego de la serie de convenciones y tratados suscritos por nuestro país para erradicar la violencia contra la mujer.

Por el contrario, la Ley 20.480, última modificación en la materia, amplió los supuestos en que la víctima puede solicitar el término del proceso iniciado para la investigación de esta clase de hechos, dejando sin castigo dichas agresiones sexuales, lo que analizaremos detalladamente en su oportunidad, al tratarse del efecto propio del artículo 369 del Código Penal, objeto de nuestro estudio.

1.1. Matrimonio, convivencia y contenido sexual

En primer término, a fin de circunscribir los vínculos en análisis, lo que nos permitirá entender el contexto del delito objeto de nuestro estudio, podemos indicar que las relaciones de matrimonio y de convivencia son el espacio que permite la aplicación del artículo 369 del Código Penal; por lo tanto, resulta necesario analizar el componente sexual de dichos lazos.

En cuanto a los cónyuges, y desde una perspectiva legal, podemos comenzar el análisis a la luz de la definición que da a la institución del

matrimonio nuestro Código Civil, que en su artículo 102 lo establece como “[e]l contrato solemne mediante el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliar mutuamente”.

Esta definición de matrimonio, contiene como uno de los fines del mismo, el de procrear, lo que ya revela un germen de contenido sexual en el vínculo. Si bien es cierto, la ciencia permitiría obviar el acto sexual para el logro de este fin, aun así, es de ordinario entendimiento que la procreación, implica la mantención de relaciones sexuales. En este sentido, precisa el profesor Corral Talciani que en los albores del Código Civil “el matrimonio es claramente la vía propiciada por el legislador para ejercer las facultades generativas”¹.

Luego, en la relación de los deberes del matrimonio, el artículo 133 del Código Civil, establece el deber de cohabitación definiéndolo como “... el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI). Revista Chilena de Derecho de Familia 3, Santiago 2010, p 3.

Dicho deber ha sido entendido en forma más amplia que el mero compartir y vivir bajo el mismo techo, atribuyéndosele un contenido de carácter sexual. Así, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, expuso que “[e]s dable tener presente que el débito conyugal, que de ordinaria ocurrencia suele darse dentro de una relación conyugal, permite que la pareja tenga intimidad sexual mutua...”². Luego, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, explicitando esta idea indicó que “[l]a convivencia no debe identificarse con la cohabitación. En la segunda tiene lugar un plus – propio de la unión conyugal – que la distingue claramente, la vida marital, que la diferencia de la convivencia que pueden tener los padres con sus hijos o dos hermanos. La vida marital, el débito conyugal, etcétera, es lo que define y particulariza a la cohabitación.”³ Y previamente, en fallo del 28 de agosto de 2013, ya había distinguido expresamente el deber de vivir bajo el mismo techo del deber de cohabitación, refiriendo sobre el punto “[q]ue el matrimonio impone diversos deberes como son el de fidelidad, socorro, de ayuda mutua, de respeto y protección recíprocos, deber y derecho de vivir en el hogar común, de cohabitación o débito conyugal...”⁴.

² Fallo Rol 395-2016/Familia, ICA Talca, del 28 de febrero de 2017.

³ Fallo Rol 724-2017, ICA Santiago, del 11 de octubre de 2017.

⁴ Fallo Rol 1.814-2012, ICA Santiago, del 28 de agosto de 2013.

A nivel doctrinario, para el profesor René Ramos, cohabitación es “la obligación que tienen los cónyuges de tener relaciones sexuales entre sí.”⁵

Las posturas y definiciones antes descritas, encierran la comprensión a nivel legal, doctrinario y judicial, de un contenido de carácter sexual en el matrimonio, con la consecuente imposición de conductas esperables dentro del mismo.

Ante ello, creemos que no estamos en posición de controvertir esa posición, pero si de reafirmar que siempre pervive dentro del matrimonio la voluntad de los cónyuges para la realización del acto sexual y que pese al carácter de “deber” u “obligación” que se le puede atribuir en el más extremo de los casos, ello no resulta exigible ni demandable judicialmente, debido su contenido de carácter personal y no patrimonial, idea sobre la que volveremos durante el desarrollo de este trabajo.

A mayor añadidura, valga referir que la evolución de la sociedad, -como lo analiza el profesor Corral Talciani en el ya citado estudio “[e]l debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI)”-ha provocado un debilitamiento del matrimonio como institución, frente a

⁵ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 124.

la uniones de hechos, debido al equiparamiento que ha existido entre ambas uniones de personas.

Como sea, si partimos de la base objetiva que la institución del matrimonio ha mermado cuantitativamente versus las uniones de hecho, deberemos analizar también si a estas últimas, también les asiste un contenido sexual en el mismo tenor que revisamos respecto del matrimonio.

Terminológicamente, debemos despejar desde ya que acepciones como concubinato, convivencia, relaciones extramatrimoniales, han sido englobadas por la doctrina moderna bajo la expresión uniones de hecho, a fin de evitar la carga peyorativa y moralizante - en oposición al matrimonio - que implicaban dichas referencias, pero para efectos de este trabajo, continuaremos haciendo referencia a convivencia, para mantener la terminología utilizada por la norma en estudio.

Aclarado el punto anterior y debemos partir de la base que no existe una definición legal estricta del concepto de uniones de hecho, pero si podemos encontrar en la legislación, referencias mas escuetas a su contenido, si vemos por ejemplo, la Ley N°20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil, en su artículo 1º define el contrato de unión civil, partiendo de la base que existe de manera previa a la celebración del referido acuerdo, dos personas que comparten un hogar, que tienen una vida afectiva en común de carácter estable y

permanente. Misma idea que recoge la Ley 20.066 que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, en su artículo 7 inciso 2º, parte final.

Desde la doctrina, el profesor Javier Barrientos, ensaya lo siguiente: “la expresión unión de hecho expresa claramente la naturaleza de ésta para efectos jurídicos: se trata de una unión, situación común y unitaria entre dos personas que se vuelve relevante para determinados efectos jurídicos que tiene como causa constitutiva un hecho y no un cierto negocio jurídico como es el caso de la unión matrimonial. En este caso, el hecho constitutivo de la unión es la convivencia”⁶, y luego señala que “la unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo, puede ser entendida como una unión lícita entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”⁷.

De las afirmaciones del profesor Barrientos, surgen ciertos requisitos para la configuración de dichas uniones, que podemos complementar con parte del esquema propuesto por María Asunción de la Barra, para quién es

⁶ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia. Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 17 y ss.

⁷ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia. Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 44.

necesario que la unión de hecho suponga: i) vivir juntos y cohabitar; ii) estabilidad y permanencia en el tiempo; iii) publicidad o notoriedad.

Así y en cuanto al primero de los requisitos, la autora citada entiende que: “[s]olo en la medida que la pareja comparte un hogar común, durante cierto tiempo, se puede entender que conviven. Además, a partir de la convivencia, viene dado otro rasgo esencial: la mantención de relaciones sexuales. Estos rasgos, sin duda, distinguen a las uniones de hechos de meras relaciones circunstanciales.”⁸

Por lo tanto, esta autora le atribuye, al igual que al matrimonio, un contenido sexual a la convivencia, calificándolo incluso, como un elemento distintivo –junto al hacer vida en común - frente a otro tipo de relaciones.

Respecto de los demás requisitos enunciados por la profesora, que sin ser objeto de nuestro estudio, nos permiten advertir las similitudes que se plantean con el matrimonio.

Javier Barrientos, a quién ya citamos, junto con compartir los requisitos referidos sobre la convivencia enunciados, también le atribuye al requisito

⁸ DE LA BARRA SUMA DE VILLA, María Asunción. Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales. Revista Derechoy Humanidades N° 16, Vol 2. Santiago, 2010, pp. 106.

actividad sexual un carácter especial, ya que “el necesario contenido sexual de ella la define y delimita de otras múltiples posibilidades de comunidad y convivencia y la dota de su naturaleza familiar, en cuanto de ella es posible predicar, actual o potencialmente, la posibilidad de fundamento, mantenimiento y conservación de la sociedad”⁹.

Los conceptos e ideas entregados por estos autores, nos permiten concluir que en las relaciones de convivencia, al igual que en el matrimonio, existe un contenido intrínseco de índole sexual; y que matrimonio y convivencia, mantienen otros elementos en común, por lo que podríamos entenderlas, como postula la tendencia doctrinal, entre ellos Rodríguez Collao¹⁰, como situaciones homologables, más aún, cuando desde el prisma del derecho penal, tanto el matrimonio como la convivencia han sido equiparados, como lo demuestra; en primer lugar, el artículo 5 de la Ley 20.066 en cuanto a incluir ambos vínculos como relaciones sujetas a la ley de violencia intrafamiliar; también lo hace el artículo 390 del Código Penal, al establecer el femicidio y considerar ambos

⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal. Informe en Derecho, Defensoría Penal Pública. Enero 2007, p.18.

¹⁰ Para Héctor Hernández, ante las similitudes entre matrimonio y convivencia, se puede entender esta última, como un “matrimonio, sin vínculo matrimonial”, en informe en derecho para la Defensoría Penal Pública titulado “La Definición de convivencia en el artículo 390 del Código Penal.” Doctrina procesal penal 2010, p.49.

vínculos como contextos posibles de comisión; igualmente el artículo 302 del Código Procesal Penal, al incluir como personas que no están obligadas a declarar contra el imputado, tanto a la cónyuge o conviviente; y por último, el artículo 369 del Código Penal, objeto de nuestro estudio, al poner en igual situación, a cónyuges y convivientes que han sido víctimas del delito de violación por parte de su pareja y desean poner término al proceso.

Entonces, podemos concluir, que respecto de ambas clases de enlaces subyace un sustrato de carácter sexual y respecto de ambos, nuestro legislador, ha establecido reglas que equiparan su tratamiento, lo que nos permite entender, para efectos de este estudio, que se trata de situaciones homologables.

1.2. Relevancia del contexto de violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar en términos amplios, es un escenario vinculado, a la comisión de delitos, respecto de los cuales el Estado ha dispuesto la dictación de una ley específica, tendiente no tan sólo a su prevención, sino que también, a su tratamiento una vez ocurrido.

Así, la violencia intrafamiliar ha sido entendida y definida por nuestro Legislador en el artículo 5 de la Ley 20.066, como: "...todo maltrato que afecte

la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”¹¹.

El concepto de violencia intrafamiliar referido; da cuenta, por un lado, de una serie de relaciones interpersonales, que en algunos casos no tienen que ver con parentescos, si no más bien, con criterios situacionales y de dependencia, lo que la perfila como una definición amplia, con el objeto de abarcar la mayor cantidad de vínculos posibles; y por otro lado, también es amplia en cuanto al tipo de conductas que la configurarían, ya que no tan sólo se limita a la protección de la integridad física, sino que se extiende a las agresiones de carácter psicológicas.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, en el desarrollo llevado a cabo por la doctrina sobre esta temática, encontramos la existencia de un área

¹¹ Ley 20.066, Biblioteca del Congreso Nacional.

especializada, que ha puesto el foco en la situación de la mujer: la violencia de género, que según exponen María José Taladriz y Roberto Rodríguez, “hace referencia a un tipo de violencia que se produce con el objetivo exclusivo de dominar a la mujer en diferentes ámbitos sociales como lo son la familia o la comunidad en general”¹².

Y en nuestra intención de precisar aún más la problemática vinculada al delito en estudio, nos centraremos en la esfera de la violencia de género, pero en su vertiente de violencia de pareja, que ha sido caracterizada como un concepto que dice relación con un vínculo mucho más estrecho, que hace referencia a una relación íntima, ya sea conyugal, de convivencia, noviazgo u otras afines.

De esta manera, nuestro objeto de estudio se presenta en un marco general correspondiente a la violencia intrafamiliar y de manera particular o específica, a la violencia de pareja.

Luego, creemos que los Estados, en base a las estadísticas que analizaremos, deben mantener una preocupación permanente por esta

¹² RODRÍGUEZ, Roberto y TALADRIZ, María. El delito de femicidio en Chile. Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 46, Santiago de Chile, 2011, p. 214.

problemática, que impacta día a día a nuestra sociedad y que requiere de una intervención amplia y constante para prevenir, recuperar y castigar.

De esta manera, la referencia a prevenir no lo es tan solo desde el punto de vista de la prevención general positiva¹³, “en donde se sostiene que la función de la pena es el restablecimiento de orden social perturbado por el delito, reafirmando aquellas normas sociales que han sido transgredidas”, sino que explicitando que ese patrón de conducta no resulta aceptable, replicable, ni debe ser perpetuado como una forma de interacción valedera, al vulnerar principios tan básico como la dignidad humana, debiendo propiciar, entonces, un cambio cultural.

La segunda idea de recuperar, es una de las manifestaciones del carácter multipropósito de la normativa específica, y está representado por la posibilidad (en su variante voluntaria, como el caso de una salida alternativa) u obligación (en su variante pena accesoria) al sometimiento por parte del agresor a una serie de terapias para tratar problemas que representan conductas de riesgos o situaciones proclives para la comisión de ilícitos en este contexto, como lo son: el tratamiento para el alcoholismo, consumo problemático de drogas, control de impulsos, terapias familiares e intervenciones psicológicas;

¹³ PIÑA ROCHEFORT, Juan, Derecho Penal, Fundamentos de la Responsabilidad, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 72.

con la finalidad de superar o disminuir el foco de conflicto que subyace latente en la relación y recomponer el vínculo, ya que muchas veces el deseo que expresan las víctimas es que el imputado – familiar, solo se someta a este tipo de tratamientos y solución “el único problema que él tiene”¹⁴.

La última referencia al castigo, se plantea como eco y consecuencia directa de la conducta disruptiva, que requiere y debe ser sancionada, estableciéndose agravaciones y penas específicas al efecto¹⁵.

Para mayor claridad y con la finalidad de dar cuenta de esta área específica dentro de la violencia intrafamiliar, en donde se enmarca el delito objeto de nuestro estudio, analizaremos una serie de estadísticas relacionadas a la problemática de violencia intrafamiliar.

¹⁴ Frases como la transcrita, junto a “sano y bueno es buen marido y papá”, las hemos podido apreciar en el ejercicio activo de la profesión de Abogado, tanto en rol cumplido en Fiscalía como en Tribunales, y en dichas instancias las víctimas solicitan que el imputado se someta a un tratamiento de problemas de consumo de alcohol y drogas o a un tratamiento de control de impulsos, a través de lo dispuesto en el artículo 9 letra d) de la Ley 20.066, donde lo que se busca es superar y reestablecer la convivencia familiar a través del tratamiento del problema de uno de sus miembros.

¹⁵ Agravación dada por ejemplo por el artículo 400 del Código Penal y en el caso de las penas accesorias especiales de la ley 20.066, como por ejemplo el deber de hacer abandono del hogar, la prohibición de acercarse a la víctima, la prohibición de poder portar armas de fuego; accesorias que deben operar en cada uno de los casos en que se dicte sentencia condenatoria en contexto de violencia intrafamiliar.

1.3. Estadísticas

A fin de objetivar la problemática de violencia intrafamiliar a nivel país, haremos referencia a las últimas estadísticas que se han realizado durante la década.

En primer término, y de forma genérica, el boletín anual del Ministerio Público correspondiente al año 2018 detalla el número de causas que fueron ingresadas a sus registros y; como consolidado de delitos perpetrados en contexto de violencia intrafamiliar, arrojó como resultado anual 147.368 ingresos, de los cuales, 471 ingresos corresponden a violencia sexual¹⁶; cifras, que si bien, no nos permiten determinar el número de hechos vinculadas a violencia contra mujeres por parte de sus parejas o ex parejas, si nos permiten tener un panorama global de esta tipo de delictualidad, más, si consideramos que el número total de ingresos durante el año 2018 del Ministerio Público fue de 1.379.642; por lo tanto, los delitos perpetrados en contexto de violencia intrafamiliar representan sobre el 10% de los ingresos totales del Ministerio Público, dando cuenta, de la alta relevancia y ocurrencia de este tipo de ilícitos.

¹⁶ Fuente, Boletín Anual 2018 Ministerio Público.

Tabla Violencia intrafamiliar mujeres¹⁷

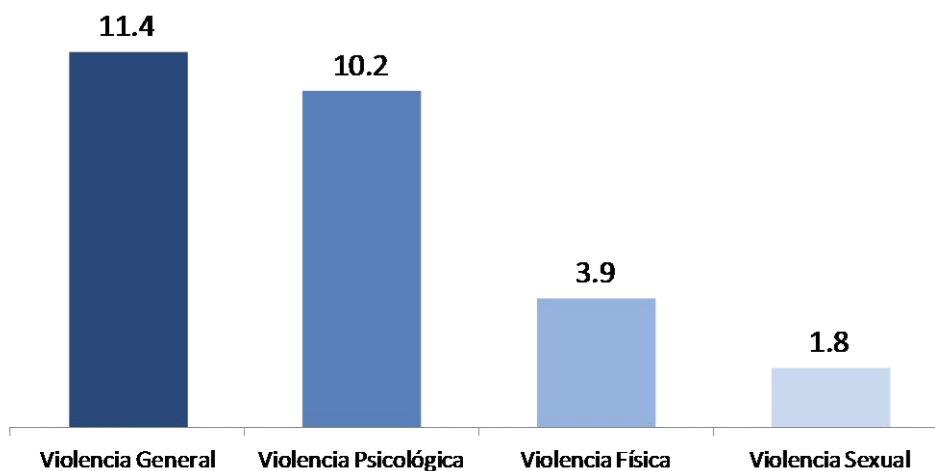


Ya entrando en la particularidad de la problemática de la violencia contra la mujer, la tabla que antecede, correspondiente al estudio realizado el año 2013 por el Ministerio del Interior, da cuenta que más del 30% de las mujeres encuestadas ha sufrido violencia intrafamiliar en distintas etapas de su derrotero vital, lo que permite establecer la gravedad y relevancia de esta problemática. Y en un plazo acotado a los últimos doce meses, el mismo estudio, concluyó que un porcentaje del 15.4% de las entrevistadas, indicó haber sido víctima de violencia intrafamiliar. Luego, dentro de ese último porcentaje, el 11.4% de

¹⁷ Fuente, Encuesta Nacional de Victimización, Ministerio del Interior 2013.

dichas agresiones, fueron provocadas por la pareja o ex pareja, siendo este tipo de vínculo en donde mayores agresiones se generan contra las mujeres.

Tabla tipo de violencia hacia mujeres en Chile¹⁸



Ahora, la presente tabla, extraída del mismo estudio, nos ofrece un detalle referido exclusivamente a la violencia ejercida por la pareja o ex pareja y; conforme al desglose que se realiza, dentro de los tipos de violencia que se ejerce contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas, prima la violencia

¹⁸ Fuente, Encuesta Nacional de Victimización, Ministerio del Interior 2013.

psicológica, seguida por la violencia física y en último lugar, se ubica la violencia sexual.

Al respecto podemos advertir, que la problemática más habitual, esto es, la violencia psicológica, se encuentra radicada en competencia de los Juzgados de Familia de nuestro país, en donde las sanciones a imponer son de corte pecuniario¹⁹, no privativo de libertad y donde sólo mediando habitualidad, los hechos podrían dar lugar a un caso en jurisdicción penal²⁰.

Ahora, centrándonos en materia de violencia sexual, el mismo informe nos ofrece como resultado que el 6.3% de las mujeres encuestadas declaró haber sufrido, alguna vez en su vida, este tipo de violencia por parte de su pareja o ex pareja. Mientras que la Tercera Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar Contra la Mujer y Delitos Sexuales, elaborada por la Subsecretaria de Prevención del Delito durante el año 2017, indica que 6.7% de las mujeres encuestadas ha sido víctima de violencia sexual; variación que representa un

¹⁹ El artículo 8 Ley 20.066, establece que la sanción para un responsable de violencia intrafamiliar no constitutiva de delito, corresponde a multa que desde la media unidad tributaria mensual a quince unidades tributarias mensuales.

²⁰ Artículo 14 de la Ley 20.066 consagra el delito de maltrato habitual, que aparece una sanción de presidio menor en su grado mínimo.

alza porcentual al estudio anterior²¹. Y bajo el criterio de ocurrencia durante los últimos 12 meses, el estudio de la Subsecretaría de Prevención del Delito, también expone un alza a 2.1%, en contraposición con el 1.8% registrado en 2013.

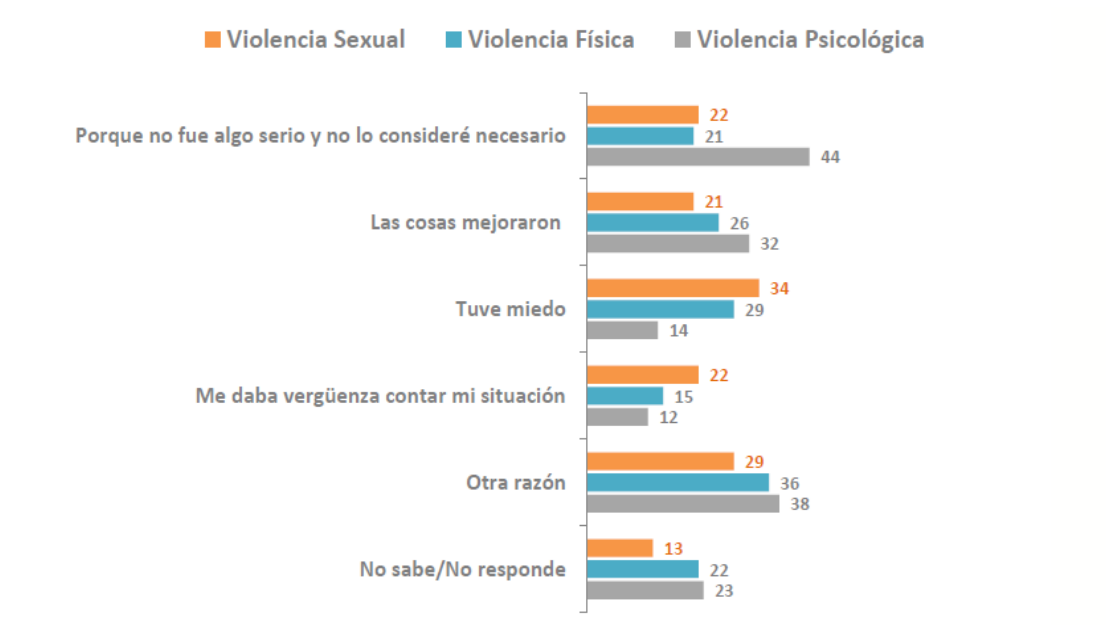
De los números compartidos, junto con la relevancia porcentual de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, en donde 3 de cada 10 mujeres han sido víctimas de este tipo de agresiones, lo que refleja la gravedad de la situación. También se evidencia un alza constante en agresiones sexuales hacia mujeres por parte de sus parejas o ex parejas.

Sin perjuicio del aumento en la ocurrencia de las agresiones que nos ocupan, el informe del Ministerio del Interior, también nos enrostra que del porcentaje de mujeres que fue víctima de violencia sexual por parte de su pareja durante los últimos doce meses, sólo el 12% denunció²²; mientras que el fundamento de aquellas mujeres que no iniciaron un proceso judicial, se grafican en la siguiente tabla:

²¹ Fuente, Tercera Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar Contra la Mujer y Delitos Sexuales, Subsecretaría de Prevención del Delito 2017.

²² Sin perjuicio que en el año 2017, el trabajo realizado por la Subsecretaría de Prevención del Delito, la cifra de denuncias al efecto aumentó a un 23%.

Tabla motivo no denuncia mujer ²³



De los datos que nos entrega la tabla, destaca como primer fundamento para no denunciar, en materia de violencia sexual, el miedo; y precisamente en la violencia en general, y más aún, en la sexual, las conductas del agresor se dirigen a doblegar la voluntad de su esposa o conviviente mediante el miedo. En palabras de Roberto Rodríguez y Miguel Morales, en su artículo, “Hombres que agreden a sus mujeres”, concuerda con el resultado de la encuesta, pues

²³ Fuente, Tercera Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar Contra la Mujer y Delitos Sexuales, Subsecretaría de Prevención del Delito 2017.

estima que “es indispensable tener en cuenta que el agresor grave pretende tener el control de la relación, por distintos fines pero, por sobre todo, sostener el control total sobre sus mujeres. Los agresores emplean con éxito la violencia como método de control, por tanto, infunden miedo en las mujeres. Sin miedo, no hay control. El miedo es el elemento central que permite que el agresor siga sosteniendo el control de la relación”²⁴

De lo anterior, resulta que esta situación de miedo, podría traducirse en una amenaza directa al doblegar la voluntad de la mujer para obtener una relación sexual, pero también es factible que el acto sexual sea precedido de golpes y lesiones hacia la víctima, o también estemos en presencia de un contexto intimidatorio que mantenga coaptada la libertad y voluntad de la mujer y que tal acto sexual, constituya para la mujer, un acto sexual degradante o vejatorio.

Creemos que los fundamentos expuestos para no realizar la denuncia, deben servir de desafío y de línea de navegación para políticas de Estado, a fin de establecer redes efectivas de orientación, apoyo e intervención de mujeres víctimas de agresiones sexuales; máxime, si tenemos en consideración, que conforme al trabajo de la Subsecretaría de Prevención del Delito, las mujeres

²⁴ MORALES, Miguel y RODRÍGUEZ, Roberto. “Hombres que agreden a sus mujeres”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 34, Santiago, 2008, p. 327.

víctimas de violencia intrafamiliar presentan bajo nivel de apoyo de redes y mayor proporción de alta dependencia económica, en relación a mujeres que no son víctimas de este tipo de agresiones.

CAPÍTULO 2 EL DELITO DE VIOLACIÓN Y BIEN JURÍDICO

Establecido el contexto relacional y fenomenológico en que desarrollaremos nuestro trabajo, podemos señalar que el delito de violación se encuentra consagrado en los artículos 361 y siguientes del Código Penal, así nuestro legislador lo establece en los presentes términos “[l]a violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

Para nuestra doctrina, entre ellos, el Profesor Luis Rodríguez Collao, el delito en cuestión consiste en “acceder carnalmente a una persona que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones de prestarlo, por razones físicas o mentales”²⁵

²⁵ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Juridica de Chile, Santiago 2000, p 135.

Melva Flores y Lorena Aracena, en su Tratado de los Delitos Sexuales, señalan que lo castigado en el delito de violación “no es la actividad sexual en sí, si no que la que se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro.”²⁶

Como se advierte de la última definición transcrita, es la autodeterminación del ser humano en su actuar en la esfera de lo sexual, lo que resulta afectado por el delito de violación. Para gran parte de la doctrina²⁷, el delito de violación atenta contra la libertad sexual, concepto que el profesor Vivian Bullemore entiende como “[e]l derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás”²⁸.

²⁶ FLORES FRÍAS, Melva y ARACENA MORALES, Lorena. Tratado de los Delitos Sexuales. Editorial La Ley, Santiago 2005, p. 57.

²⁷ Entre ellos: GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, p. 335; BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Manual Derecho Penal, Parte Especial. Librotecnia, Santiago 2014, p. 213; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Manual Derecho Penal chileno. 2º Edición. Tiran lo blanch, Valencia 2018, p. 155.

²⁸ BULLEMORE, Vivian, Curso Derecho Penal Parte Especial, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 144.

Así, la libertad sexual mantiene una doble faz; “una positiva-dinámica, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales, es decir facultad del sujeto a comportarse en el plano sexual de acuerdo con sus propios deseos, tanto en lo referente a la relación misma como en lo relativo a la elección de su destinatario; y en segundo lugar, una negativo-pasiva, consistente en la capacidad del sujeto para no ejecutar los actos de naturaleza sexual que no desee, esto es, facultad de oponerse jurídicamente al constreñimiento de otro, en orden a la realización o tolerancia de actos sexuales”²⁹.

Entonces, la libertad sexual, es la manifestación más íntima y personal de cómo un sujeto dirige o realiza su vida sexual y por otro lado, el resguardo de no verse involucrado sin su consentimiento en un acto sexual direccionado por otro sujeto.

Como ya referíamos, la identificación de la violación como atentado a la libertad sexual es casi pacífica en la doctrina, pero el profesor Luis Rodríguez Collao, cuya definición de violación transcribimos previamente, postula que se trataría de un atentado a la indemnidad sexual, noción que conceptualiza; en un

²⁹ SILVA SILVA, Hernán. Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre 1999, p 146.

sentido restringido, como “garantía de no sufrir daños, es decir, de no experimentar acciones perturbadoras de la salud sexual³⁰” y en un sentido amplio, como el “derecho a no ser invadido en una determinada parcela bio-psico-social, como es la de la sexualidad humana, que el Estado deberá preservar de vulneraciones ilegítimas³¹”.

Pese a la autoridad que representa el profesor Rodríguez Collao en esta materia, estimamos más acertada la posición mayoritaria, ya que la noción de libertad sexual, realza la idea de autodeterminación del individuo y como contrapartida, encuadra al delito de violación, como un delito de poder, de dominación, de instrumentalización de la víctima y bajo dicha premisa continuaremos el presente análisis.

2.1. El delito de violación en el matrimonio y convivencia y libertad sexual

Hasta el momento y establecido que existe una naturaleza y características equiparables entre matrimonio y convivencia; y que el sustrato de la interacción sexual, subyace en ambos tipos de relaciones de carácter

³⁰ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Segunda Edición. Jurídica de Chile, Santiago 2014, p 177.

³¹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Segunda Edición. Jurídica de Chile, Santiago 2014, p 177.

permanente³² y teniendo presente el contenido y alcance de la libertad sexual, analizado recientemente, se hace necesario desentrañar si el vínculo de matrimonio o convivencia, representa o no, algún margen de pérdida de esta libertad sexual.

Respecto a la situación en estudio, la doctrina se ha manifestado dividida respecto a la procedencia del delito de violación entre cónyuges o convivientes, y también ha existido controversia, acerca de las condiciones en que tal hecho sería punible; así, Mario Garrido Montt ha expuesto que “[e]s difícil encontrar quién sostenga que el débito conyugal³³ (obligación de los cónyuges de tener relaciones sexuales entre sí) constituye excusa justificante del consentimiento que se debe exigir para darle legitimidad al acto sexual”³⁴, concluyendo posteriormente que el delito de violación es plenamente aplicable en el caso que exista matrimonio entre víctima y victimario, siempre que se reúnan los

³² La prolongación y estabilidad en el tiempo de ambos tipos de relaciones, corresponde a uno de los requisitos a que hicimos referencia durante el análisis de las mismas para su configuración. Además, la norma motivo de estudio, requiere, según analizaremos en su oportunidad, la permanencia del vínculo de manera efectiva, traduciendo a hacer vida en común.

³³ Reconociendo el contenido sexual al que hemos hecho referencia previamente.

³⁴ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte Especial, Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 361.

elementos del tipo, ya que el contrato matrimonial no constituye una renuncia a la libertad sexual de los cónyuges.

Vivian Bullemore por su parte, respecto al delito de violación conyugal expone en su obra, que “Es irrefutable que el matrimonio no constituye causa de pérdida de la libertad sexual”³⁵.

Para Rodríguez Collao, “la existencia de un vínculo matrimonial entre el autor y la víctima no legitima la ejecución de una conducta delictiva, de manera que el delito se configura a pesar de la existencia de ese vínculo.”³⁶

Y dejando de lado a autores contemporáneos, ya en 1935, un autor de nuestro medio, J. Raimundo Del Río, en su obra de Derecho Penal exponía que “[h]ay quienes pretenden, algunos autores eclesiásticos, entre ellos, que no comete violación el marido que fuerza materialmente a su mujer a yacer con él, estimándose que hace uso del derecho correlativo de la obligación que tiene la mujer de cohabitar con su cónyuge. A nuestro juicio, el hecho constituye violación: a) porque el legislador no ha hecho distingo alguno a este respecto; y

³⁵ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon, Curso Derecho Penal Parte Especial, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 151.

³⁶ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 294.

b) porque la pretendida obligación de la mujer debe guardar armonía con la protección y respeto que el marido le debe por mandato expreso de la ley.”³⁷

Ahora bien, sin perjuicio de la claridad doctrinal expuesta previamente, aun vemos en la práctica, alegaciones que van en sentido contrario a la comprensión de la libertad sexual en el matrimonio o convivencia, como lo hemos propuesto - por ejemplo en el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, en causa RIT 027-2007- la Defensa señaló que el “[c]ódigo Civil define el contrato del matrimonio y, dentro de esos fines, está el de procrear. Un abogado como él, que salió hace muchos años convencido de que no existe la violación dentro del matrimonio y hoy sin embargo existe, porque no se pasa a ser una cosa cuando uno se casa, ya el marido no puede o no debe tener relaciones con otra persona que no sea con su mujer al igual que ella, ¿será necesario que tenga hojas firmadas para obtener la autorización?”³⁸, ejemplo que se trae a colación sólo para demostrar que no resulta inverosímil ni anecdótico, oír un planteamiento como el citado, como lo demuestra el mismo desarrollo argumentativo que hace el tribunal –en el caso- a propósito de este alegato, rechazándolo.

³⁷ DEL RÍO C., J. Raimundo. Derecho Penal. Editorial Nascimento. Santiago 1935. Tercer tomo, p. 305.

³⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, Mayo 2007, causa RIT 027-2007, RUC 0600753725-3.

La sentencia desarrolla dicha postura y cita una serie de autores, en su mayoría mexicanos,³⁹ que profesan la existencia de un derecho a cópula del cónyuge y la imposibilidad de la mujer de negarse a éste.⁴⁰

Al igual que el Tribunal en la sentencia en comento, no compartimos la postura expuesta por los autores citados en el fallo y tampoco creemos que dicho criterio pueda ser replicado entre nosotros, ya que la negativa a mantener relaciones sexuales, a nuestro entender, está reconocida por el ordenamiento

³⁹ “Que en concepto de estas sentenciadoras, el referente a si existe violación en el matrimonio o es la justificante del ejercicio de un derecho, en la cual, se discute si el marido tiene facultad derivada de dicha institución, para imponer la cópula, frente al cumplimiento de los deberes de cohabitar y procrear, especialmente referido a la cónyuge, siendo esto una materia discutida en la doctrina, tenemos por una parte la posición de Francesco Carrara, quien es de “la opinión dominante” que sostiene que el marido tiene derecho a copular con la mujer y, por tanto, aunque lo hiciera contra la voluntad de ésta e incluso por medio de la violencia física o moral, no comete el delito de violación, pues no delinque quien ejerce un derecho”. Seguidores de esta teoría encontramos a Raúl Carranca y Trujillo y Celestino Porte Petit, y especialmente a Manuel Abarca, que en su obra referente al Derecho Penal señala que “siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho de ejecutarlo con su esposa y por lo tanto no cabe la legítima defensa de ésta, salvo el caso de que el marido lo intentare contranatura, o bajo condiciones que dañare gravemente la salud de la mujer o le infiriera una ofensa que también revistiera gravedad.”

⁴⁰ En el mismo sentido, el autor Gustavo Eduardo Aboso, cita a una serie de tratadistas que apoyan la postura de los magistrados mexicanos, entre ellos; Jiménez de Asúa, González Roura, Fontán Balestra y Guillermo Ledesma. ABOSO, Gustavo. Derecho Penal Sexual. B de F. Buenos Aires, 2014. P 234 y ss.

jurídico⁴¹, pues como ya referimos acerca de la comprensión del deber de cohabitar, tal deber necesariamente ha de interpretarse a la luz de la dignidad humana -como desarrollaremos-, y la naturaleza de las relaciones que los unen, lo que incluye el deber de respeto, según lo dispone el artículo 131 del Código Civil, para el caso del matrimonio.

En esa línea, la propia Ley de Matrimonio Civil, ha dispuesto que ante un incumplimiento grave de los deberes matrimoniales que haga intolerable la vida en común - entre los cuales se encuentra el deber de cohabitar- habilita para deducir demanda de divorcio en contra del cónyuge incumplidor, de conformidad al artículo 54 inciso primero de la Ley de Matrimonio Civil⁴², con miras a poner fin al matrimonio.

Lo anterior implica, que el deber de cohabitar no se trata del ejercicio de un derecho que pueda ser practicado y exigido a todo evento al otro miembro de la relación si no que por el contrario, hace nítida diferencia entre una

⁴¹ A contrario sensu de los numerales 1 y 2 del artículo 361 del Código Penal.

⁴² Esta norma incorpora una causal de divorcio de carácter generica ante el incumplimiento graves de deberes matrimoniales, que torne intolerable la vida en común, la que se puede hacer valer en forma inmediata, sin requisito de la espera del transcurso de plazo previo, como lo requiere las causales por cese de convivencia. Esta norma, también incluye causales específicas que dicen relación con atentados contra el otro conyuge o los hijos, alcoholismo, drogadicción, etc.

obligación, que puede ser exigida aún de manera compulsiva a la contraria y un deber, que puede entenderse implícito en una institución, pero que no puede exigirse y que ante su no cumplimiento, se establecen otros remedios, como lo es el divorcio.

Ahora, continuando con la postura expuesta por los autores citados en el fallo Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, entre los cuales se encuentran magistrados mexicanos; tal visión, no obedecía a una posición de carácter aislado en el foro mexicano, si no que se entendía y así era reconocida, incluso, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia Nacional⁴³, la que en fallo dictado con fecha 11 de mayo de 1994, razonó que la manera normal del ejercicio sexual entre cónyuges, era a través de la copula vaginal y en los casos en que el marido imponía por medio de la fuerza o de manera anormal la actividad sexual, no se estaba en presencia de un delito de violación, si no que se estaba en presencia del ejercicio indebido de un derecho, ya que el derecho de cópula, encontraba su origen en el vinculo matrimonial existente entre las partes, postura que también rechazamos en base a los razonamientos ya expuestos.

⁴³ Tesis de Jurisprudencia 1a./ J.10/94, Suprema Corte de Justicia Nacional de Mexico.

Frente a estas posturas y fallos, en el debate comparado, el tema en cuestión, es objeto de pronunciamiento no tan sólo de parte de los tribunales de justicia, sino que también es objeto de preocupación por organismos internacionales, entre ellos la OEA; institución que en el año 2010 informó que de sus 34 estados miembros, 21 tienen legislación específica para la temática; y que de éstos últimos, 10 países penalizan directamente la violación entre cónyuges y en 5 de ellos, el hecho que el hombre agresor sea cónyuge o conviviente, representa una agravante del delito⁴⁴.

La Organización de Naciones Unidas, por su parte, a través de su programa ONU Mujer, en su informe del año 2011⁴⁵, da cuenta de la realidad mundial, en donde cerca de la mitad de los países no consagra o no estima de manera expresa que la violación entre cónyuges sea constitutivo de delito; aún más, según da cuenta en el anexo 4 del informe referido, en África, la excepción

⁴⁴ Organización de Estados Americanos. Serie Mujeres Bajo la Ley. Breve Informativo la Violación en el Matrimonio. Enero 2010. En el presente estudio, Chile figura como un país con nivel de protección alto, debido a la existencia del artículo 369 del Código Penal, en donde, según expone el informe “se indica que el esposo o cohabitante solo puede ser penalmente perseguido por el fiscal del ministerio público, cuando ha usado fuerza o intimidación”. A diferencia de países como Brasil, Colombia y Ecuador, que son calificados con “nivel de protección bajo”, en donde junto con sancionarse el delito de violación entre conyuges o cohabitantes, estas relaciones son consideradas como circunstancias agravantes para la imposición de la pena.

⁴⁵ Informe Anual ONU Mujer, “El progreso de las mujeres en el mundo, en busca de la justicia”, Ginebra, 2011.

es reconocer la tipicidad de la conducta en estudio. Y en noviembre de 2015, la declaración de la Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, Phumzile Mlambo-Ngcuka para el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, junto con señalar los avances obtenidos, hizo referencia a que un “[u]n total de 125 países cuentan actualmente con leyes contra el acoso sexual y 119 disponen de leyes contra la violencia doméstica, pero sólo 52 han aprobado leyes referentes a la violación en el matrimonio”⁴⁶.

La Organización Mundial de la Salud, a su vez, publicó en 2013 el estudio “[e]stimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud”, donde concluye que la violencia que sufre la mujer. “[e]n su mayor parte, se trata de casos de violencia conyugal. En todo el mundo, casi un tercio (el 30%) de todas las mujeres que han mantenido una relación de pareja han sido víctimas de violencia física y/o sexual por parte de su pareja. En algunas regiones, esta cifra puede llegar a ser de hasta el 38%.”⁴⁷

⁴⁶ <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/11/ed-message-intl-day-for-elimination-of-violence-against-women>

⁴⁷ http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=07A99F191566A23C9E92D78D4FD925A8?sequence=1

El delito en cuestión, también ha sido motivo de preocupación a nivel de países, entre ellos Francia, lugar en donde durante el año 2011, se iniciaron intensas campañas a través de los medios de comunicación, para crear conciencia acerca de la alarmante cifra de delitos sexuales cometidos al interior del matrimonio, entre convivientes o entre parejas ⁴⁸, dando cuenta de una cifra de 75.000 mujeres violadas al año, de las cuales, 8 de cada 10, conoce a su agresor y en esta última situación, 1 de cada de 3 mujeres, es violada por su pareja.

Susana Velázquez, en su trabajo sobre la violencia sexual⁴⁹, cita un estudio norteamericano del año 1985, en donde entre el 10% al 14% de los matrimonios presentan episodios de violación marital. Dentro de este porcentaje, se divide en un 45% en violación con violencia física, dinámica de agresión sustentada en problemática de alcohol y drogas. Luego, otro 45%, en donde no concurre violencia física, y cuyo sustento es la necesidad del hombre de reafirmar su poder y controlar sexualmente a su mujer; exponiendo que esta variante agresiva se presenta generalmente en matrimonios de clase media. Y

⁴⁸ Noticia en portal informativo RFI español, publicada con fecha 14 de junio de 2011, visitada 28 de septiembre de 2014 en <http://www.espanol.rfi.fr/node/93314>

⁴⁹ VELAZQUEZ, Susana. Violencias Cotidianas, Violencia de Género. Editorial Paidós. 4^o Reimpresión. Buenos Aires, 2013, p 106.

por último, el restante 10%, es agrupado en las violaciones obsesivas, en donde el marido se presentaba preocupado excesivamente del sexo y de la pornografía y el miedo a ser impotente u homosexual, por lo que necesitaba humillar y violentar en sus relaciones sexuales a su mujer.

Las referencias previas, nos permiten entender el escenario complejo acerca del delito y la situación en estudio, demostrando que se trata de una problemática vigente, que debe promover esfuerzos y preocupación, particularmente hoy, con la relevancia que la temática de género ha adoptado.

Ahora bien, retomando el análisis acerca de la configuración del delito de violación entre cónyuges o convivientes, creemos desde nuestro punto de vista, que los deberes emanados de dichas relaciones, no constituyen y no pueden comprenderse como una renuncia a bienes jurídicos como la libertad sexual de los contrayentes; libertad que emana de la esencia y dignidad propia de los seres humanos y que resulta aplicable a ambos supuestos sin excepción; en base a la consagración constitucional, que se realiza de la dignidad de la persona en el artículo 1º, al disponer que: "[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos." Entendida la dignidad, como el supuesto previo para los demás derechos garantizados por la Constitución Política de la República, al ser esencial a la persona humana, tiene un valor intrínseco y una individualidad que debe ser respetada y promovida. La dignidad, como principio

jurídico, debe servir de lineamiento en la interpretación y aplicación de los derechos y normas. No por nada, el articulado transcrito, la antepone por sobre los demás derechos.

Para el destacado profesor Humberto Nogueira, “la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en si mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás”⁵⁰.

La última parte de la definición transcrita, creemos, resulta esencial para la postura que hemos adoptado frente al delito de violación en los supuestos expuestos. La autodeterminación y el respeto de los otros, es lo que constituye la base de la libertad, bien jurídico, que el tipo en cuestión pretende proteger, bajo las formulas a las que ya hemos hechos referencia y que damos por reproducidas.

⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. fundamentación y caracterización. Revista Ius et Praxis. Año 13, N° 2, p 246.

Conjuntamente, este ideario ha sido ratificado por nuestro país al suscribir tratados internacionales, en instrumentos dirigidos específicamente a la protección de la mujer, como Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵¹; o a nivel de organizaciones internacionales que ha decidido participar, como la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁵²; y a nivel americano, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁵³, instrumentos que erradican toda clase de maltrato en contra de la mujer, ya sea que ésta se encuentre en situación de convivencia o de matrimonio.

Así, la CEDAW prescribe en su artículo 1º que la “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en

⁵¹ También conocida como CEDAW.

⁵² Emitida mediante resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁵³ También conocida como Convención de Belem do Pará.

cualquier otra esfera”. Lo que a nuestro juicio – y en el área de nuestro estudio- supone una ratificación de los derechos y libertades que mantiene una cónyuge o conviviente con su pareja; por lo tanto, entender que a raíz de estos vínculos, se ha mermado su libertad sexual, en favor de su relacionado, corresponde a una conclusión errada.

En el mismo sentido, la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, en su artículo 1 entiende violencia contra la mujer, como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Y luego, en su artículo 2, ejemplifica como actos de violencia contra la mujer: “a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;”.

El literal transcrito, consagra de manera expresa como forma violencia contra la mujer, la violación por el marido y; pese a que se trata de una

declaración del año 1993, su recepción a nivel práctico o de costumbre -como vimos- ha sido lento y paulatino.

A nivel regional, la Convención de Belem do Pará, define violencia contra la mujer como "...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Luego en su artículo 2, entiende que "...la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual."

Destacamos la amplitud de vínculos que comprende el literal transcrito, bastando la existencia de una relación interpersonal, que sin duda incluye matrimonio y convivencia, como lo hemos desarrollado previamente y que, además, de manera específica considera como posible –pese a la existencia de relaciones interpersonales- no tan sólo al delito de violación, sino que también a otros delitos vinculados al poder, como el maltrato y el abuso sexual.

Los últimos dos instrumentos referidos, comparten como primer ámbito de ejercicio de violencia contra la mujer, a la familia, independiente de la fórmula elegida para su conformación; por lo tanto, lo que pudiera parecer un

espacio seguro respecto a la mujer, para dichos instrumentos, corresponde al espacio de agresión original. Ambos, también consagran de manera expresa a la agresión sexual como una manifestación de violencia contra la mujer, por lo que en relación a lo referido en el párrafo precedente, no resultaría posible justificar que debido los vínculos existentes, una agresión sexual en el matrimonio o convivencia no sea reprochable o que se encuentre amparada en el ejercicio de un derecho que emana de estos vínculos.

Así las cosas, creemos que estos instrumentos ratifican nuestra conclusión acerca de la ilicitud de una violación en los contextos propuestos, pero además, ponen en evidencia una realidad que requiere de los esfuerzos y preocupación de los Estados, no tan sólo en lo relativo a la dictación de la legislación que sancione dichas ofensas, si no que también, con la promoción de políticas que permitan un cambio cultural acerca de este tipo de conductas.

2.2. Regulación especial del delito de violación cometido entre cónyuges o convivientes

Asentado que para nosotros, si se sanciona la violación entre cónyuges o convivientes y previo a entrar al análisis sobre la regulación especial que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, creemos propicio referir que las especiales relaciones en que se produce esta agresión, conlleva que sus efectos

trascienden al bien jurídico libertad sexual, y se propagan como un atentado contra la dignidad humana e incluso, contra la familia, como justificaremos.

Al efecto y como todo delito, la violación entre cónyuges o convivientes protege un bien jurídico de relevancia; para Martínez – Bujan “[e]l bien jurídico se erige en el primer momento en el proceso de justificación de la intervención penal, o sea, el primer requisito (ciertamente no suficiente) para la legitimidad del castigo penal”.⁵⁴

El propio Martínez – Bujan, expresa que “[e]l bien jurídico aparece configurado en términos de justificación, como todo aquello cuya tutela legítima el castigo. De ahí que esa noción de bien jurídico no solo incluya el objeto inmediatamente protegido (bien jurídico en sentido técnico), sino también todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos o, en general, como ratio legis o motivo de la criminalización”.⁵⁵

Si bien este autor se pronuncia sobre los componentes que considera tiene el bien jurídico protegido, traemos este concepto a colación para reafirmar

⁵⁴ MARTINEZ – BUJAN PEREZ, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, p. 151.

⁵⁵ MARTINEZ – BUJAN PEREZ, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, p. 152.

que una completa comprensión de las figura de violación a la mujer en contexto de matrimonio o convivencia, el supuesto aparece vinculado con el fenómeno de la violencia intrafamiliar. Debiendo considerarse entonces que este tipo de hechos altera la convivencia y dinámica familiar, vulnerando vínculos de confianza y traicionando afectos, aprovechándose de situaciones de dependencia o siendo el reflejo de excesos de alcohol, drogas o la réplica de las conductas aprehendidas, en donde la situación resulta de tal gravedad que requiere de una intervención más extrema por parte del Estado, tal como lo señalan Jinyola Blanco y Raúl Santacruz⁵⁶.

2.2.1 Evolución legal en delitos sexuales y artículo 369 Código Penal

En Chile, la legislación en materia de delitos sexuales ha sufrido modificaciones en las últimas décadas; así el año 1999 se dictó luego de mucho tiempo de ostracismo en el tema una nueva Ley, la 19.617, que introdujo modificaciones no tan solo a nivel de sujeto pasivo de delitos ya existentes, si no que también modificó las sanciones aparejadas a los delitos de la especie y además estableció nuevas figuras penales.

⁵⁶ BLANCO RODRIGUEZ, Jinyola y SANTACRUZ LOPEZ, Raúl. La exclusión legal del abuso sexual entre conyuges o compañeros permanentes como forma de violencia intrafamiliar. En Vniversitas Bogota, N° 118, enero – junio 2009, pp 141 a 159.

Así por ejemplo, la Ley 19.617 estableció que tanto hombre y mujer podían ser sujeto pasivo del delito de violación, reafirmando de paso, que solo el hombre podría ser el autor material de tal delito, ya que solo un hombre estaría facultado para satisfacer el verbo rector del tipo. Aunque existe una facción minoritaria de la doctrina, entre ellos Carnevali, para quienes, la mujer si puede representar el rol de sujeto activo en el ilícito, en atención al bien jurídico protegido⁵⁷.

Además, antes de la entrada en vigencia de dicha ley, si el autor del delito de violación contraía matrimonio con su víctima, se extinguía su responsabilidad penal por el delito cometido, situación que era contemplado como una excusa legal absolutoria⁵⁸, excusa que se encontraba consagrada en el inciso penúltimo del artículo 369 del Código Penal⁵⁹ y cuyo fundamento

⁵⁷ Carnevali estima que el delito de violación, también puede ser perpetrado por una mujer, toda vez que el tipo penal en cuestión, lo que protege es la libertad sexual o la indemnidad sexual, por lo que debe castigarse todo atentado al bien jurídico, independiente de cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quién lo realiza. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica (Gaceta Jurídica 250, 02/01/2001)

⁵⁸ Posibilidad que también era contemplada en el Código Penal argentino.

⁵⁹ "Art 369. No puede procederse por causa de estrupo sino a instancia de la agraviada o de sus padres, abuelos o guardadores.

estaba dado por estimar que este tipo de hechos atentaba contra el honor y no contra la libertad sexual y que el matrimonio era el medio idóneo para restablecer el honor mancillado.⁶⁰

Sobre esta excusa absolutoria, J. Raimundo del Río⁶¹, señaló que “[p]or remisión de la pena debe entenderse su perdón, que puede tener lugar casándose el ofensor con la ofendida, aunque esté dictada la sentencia condenatoria respectiva y el culpable haya empezado a cumplir su sanción”. Por lo que los efectos “liberatorios” del perdón del ofendido, pasaban por sobre, incluso, de la cosa juzgada de una sentencia condenatoria.

Para proceder en las causas de violación y de raptó se necesita, a lo menos, la denuncia hecha a la justicia por la persona interesada por sus padres, abuelos o guardadores, aunque no formalicen instancia.

Si la persona agraviada, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la acusación o denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores, o teniendolos se hallaren imposibilitados o complicados en el delito, podrá el ministerio público entablar acusación.

En todo caso se suspende el procedimiento o se remite la pena casándose el ofensor con la ofendida.

No produce estos efectos la proposición de matrimonio desechada por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto o por el juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal”.

⁶⁰ Historia de la Ley 19.617, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 1999, p. 664.

⁶¹ DEL RÍO C., J. Raimundo. Derecho Penal. Editorial Nascimento. Santiago 1935. Tercer tomo, p. 302.

La modificación legal que incorporó la referida Ley, eliminó el matrimonio posterior al ataque, como excusa absolutoria. Sin embargo, estableció una regulación especial para el evento que entre agresor y víctima existiera una relación previa de matrimonio o convivencia.

Para nosotros, la eliminación del matrimonio posterior como causal absolutoria y la nueva regulación, representó un cambio de paradigma, al dar cuenta que el honor en este tipo de delitos, deja de ser el objeto de protección, reforzándose a la libertad sexual como el bien jurídico relevante, y posicionando –aunque tarde históricamente, teniendo presente el origen del desarrollo de este principio- a la dignidad humana como un principio que compone la base de la libertad sexual y uno superior al del honor.

Así, la Ley 19.617, dio lugar al nuevo artículo 369 del Código Penal, en donde el inciso tercero en adelante consagraba: “En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de aquél con quién hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2º o 3º del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en

atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados”⁶².

Ante este nuevo artículo 369, Juan Carlos Tobar señaló⁶³: “[s]in perjuicio de las reservas manifestadas por algunos diputados (Espina), en el sentido de lo inconveniente que podría resultar el hecho de que las discusiones matrimoniales se ventilaran en los Tribunales con el eventual uso que de esta figura podrían hacer los abogados para presionar, el Senado fue partidario de no aceptar la impunidad de la agresión sexual entre cónyuges o convivientes basada en una causal de justificación”. Noción que reitera el cambio de paradigma al que hemos hechos referencia, y realza la necesidad de sancionar este tipo de hechos, pero también reconoce las especiales implicancias que el contexto vincular puede generar en el devenir del proceso penal del caso concreto.

⁶² Código Penal, Jurídica de Chile. Décimo Séptima Edición, Abril 2001.

⁶³ TOBAR SALA, Juan Carlos. *Violencia Sexual, Análisis de la Nueva Ley*. Pehuén Editores. Temuco 1999, p. 37.

En similar sentido el Informe de la Comisión Mixta ⁶⁴ que se emitió respecto del Proyecto de Ley que entre otros, modificaba al Código Penal en su artículo 369, y que dio origen luego a la dictación de la Ley 19.617 aparece que :"[l]a mayoría de la Comisión Mixta estuvo de acuerdo en que no puede descartarse que, una vez iniciada la acción se produzca una efectiva y espontánea reconciliación entre los cónyuges, y en tal caso sería contraproducente que la ley obligara a continuar el procedimiento. Además, se le da al juez la posibilidad de apreciar si hubo coacción, facultad que podría ampliarse permitiendo que el Juez rechace el desistimiento por motivos fundados, lo cual permite examinar si el perdón es real. En ese análisis, el tribunal tomará en consideración el comportamiento anterior del agresor, especialmente si ha habido episodios de violencia intrafamiliar. Por estas consideraciones es preferible que si luego de la denuncia la víctima perdona, se respete su decisión."

Pese a que compartimos la relevancia de analizar en profundidad la voluntad de desistimiento de la víctima, nos llama la atención el hincapié que hizo la Comisión sobre la prevalencia de la voluntad de la víctima en el perdón de su agresor y el contexto de violencia intrafamiliar en que se genera; por

⁶⁴ Informe de la Comisión Mixta que dio origen luego a la dictación de la ley 19.617 y que se encuentra publicado en la página 1.504 del Diario de sesiones del Senado.

cuanto, la normativa de violencia intrafamiliar impide, aún respecto de delitos de menor gravedad, el acuerdo reparatorio y el desistimiento, manifestaciones jurídicas que representan, en esencia la voluntad de la víctima de poner término a un procedimiento judicial.

Retomando el análisis de las reglas incorporadas el artículo 369 del Código Penal por la Ley 19.617, debemos señalar respecto a la primera de ellas, que disponía “1ª Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2º o 3º del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.” Regla que generaba una serie de problemas de carácter procedimental, ya que ofrecía la posibilidad de:

i) No dar curso al procedimiento; lo que se traducía en problemas sobre la etapa, institución y forma en que se implementaba este “no dar curso al procedimiento”. Ya que no indicaba si era Carabineros al momento de recibir la denuncia; o el Ministerio Público, bajo la fórmula de una salida temprana, como el principio de oportunidad, el archivo provisional o la decisión de no iniciar investigación; o el Juzgado de Garantía, quienes podían poner término a la causa y si para ello era necesario la manifestación de voluntad de la víctima, ya que al indicar en forma imperativa “no se dará curso” permite comprender

que al ser un deber de la institución competente, era posible prescindir de ella.

ii) Dictar sobreseimiento definitivo; lo que era indiciario que la instancia correspondiente era el Juzgado de Garantía, órgano competente para declarar dicho sobreseimiento. Los problemas y críticas sobre este punto, las centramos en la facultad que estaba entregada al juez para continuar el procedimiento cuando la imposición o ejecución de la pena fuera necesario en atención a la gravedad de la ofensa, ya que dicha facultad, no encontraba en la norma o en otro instituto, criterios para determinar cuando era necesario imponer o ejecutar la pena y además, que se debía entender por gravedad de la ofensa, quedando tal situación y su decisión en la manos del tribunal, lo que generaba ambigüedad, incertidumbre y poca claridad en la aplicación de este instituto, con el consecuente perjuicio para las partes.

También llamaba la atención que dicha regla hablara de imposición y ejecución de la pena, por lo que si seguimos un tenor literal, el artículo 369 en cuestión, podía aplicarse durante el proceso y aún por sobre una pena impuesta a través de sentencia ejecutoriada.

Otro punto a discutir era que se debía entender como “pena necesaria” y como se debía definir “gravedad de la ofensa infligida”, términos que eran entregados al juez, por lo que se trataba de un concepto indeterminado, yendo en directo perjuicio de los derechos del imputado. Ante esto, Guzmán Dalbora

expuso, por la ambigüedad del concepto “gravedad de la ofensa infligida” que era “un auténtico acertijo que concede al juez poderes tiránicos sobre el reo y convierte al estado en amo y señor de la libertad sexual de la mujer”⁶⁵.

La segunda regla, establecía “2º Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá termino al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.”

Lo transcrito, profundiza las dudas ya explicitadas acerca de la necesidad de existir manifestación de voluntad de la víctima en la primera de las reglas, ya que aquí si se exige en forma expresa y a diferencia de la regla anterior, ésta resultaba aplicable a todas las supuestos del artículo 361 del Código Penal, mientras que la regla primera, sólo se limitaba a los supuestos 2 y 3 del delito en cuestión.

Además, la redacción de esta regla segunda, da a entender que la regla general es el termino de la causa ante la petición de la víctima y que la excepción sería la continuación del procedimiento y sólo por motivos fundados, sin que nuevamente se explique a que tipo de motivos se hacía referencia.

⁶⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Apreciación y reprobación de la reforma de delitos contra la honestidad en Chile. Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código*. Instituto de Estudios Judiciales. Cuadernos N° 6, 2002, pp 178.

Luego y continuando con la evolución histórica de la legislación vinculada a esta materia, destaca que durante el año 2011, se promulgó la Ley 20.480, que crea el tipo penal de femicidio y en dicho cuerpo legal se vuelve a modificar el artículo 369 del Código Penal, y si bien, antes de la promulgación de ésta ley, el artículo 369 solo era aplicable respecto de hechos que configuraran el delito de violación y de abuso sexual del artículo 366 N° 1, luego de la entrada en vigencia de la norma referida, esta aplicación se amplió a todos los tipos contenidos en los párrafos 5 y 6 del título VII del libro II del Código Penal⁶⁶, es decir, amplió su rango de aplicación, incluyendo ahora, entre otras figuras, al abuso sexual agravado del artículo 365 bis, producción de pornografía infantil, facilitación de la prostitución.

La modificación incorporada por la Ley 20.480 al artículo 369, según se señaló en la historia de la ley, tuvo por finalidad permitir que el Ministerio Público tuviera acceso a un mayor número de casos⁶⁷.

⁶⁶ SANTIBAÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana. Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480), en Revista Chilena de Derecho vol 38 n° 1, pp 193-207.

⁶⁷ Historia de la Ley N° 20.480, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 2011, p 123.

También resultó de suma relevancia la modificación realizada en cuanto a las formas de aplicación del artículo 369 referido, en donde se eliminó las reglas 1 y 2 contemplados en la Ley 19.617.

Luego de las modificaciones incorporadas por la Ley 20.480 del año 2011, no han existido cambios legales, por lo que analizaremos en detalle el actual contenido del artículo 369 en estudio.

2.2.2 Reglas de aplicación actual y naturaleza del artículo 369 del Código Penal

El actual artículo 369 del Código Penal, en su inciso 4, establece la institución que nos ocupa y dispone: “En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte”.

La redacción actual, se presenta en términos bastante similares a la regla 2^a previa a la modificación, destacándose el aumento de delitos en los que puede aplicarse.

En cuanto a los requisitos de procedencia del nuevo artículo 369, son los

siguientes:

2.2.2.1 La existencia de matrimonio o convivencia en forma previa al hecho

Este elemento, como ya referimos, da cuenta de el cambio de enfoque que se le brindó a esta posibilidad de término de un proceso. Creemos acertada la modificación, ya que desde el punto de vista de la víctima, resultaba poco comprensible la posibilidad que además de haber sido agredida, cargara con el peso de liberar al violador de la sanción, contrayendo matrimonio con él, lo que hoy día no resiste mayor análisis a la luz de la comprensión de la dignidad humana, y los tratados internacionales de exclusión de violencia contra la mujer como CEDAW, y la Convención de Belén do Pará, ambos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En cuanto al requisito del vinculo previo, va en la línea de lo que planteamos acerca de un contexto de intimidad y de relaciones con contenido sexual y de sentimientos entre los involucrados.

2.2.2.2 Vida en común al momento de ocurrir la agresión

Ello, por cuanto a la norma supone la existencia de una intimidad efectiva

y actual entre las partes. El profesor Bullemore hace notar que para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 369 del Código Penal, al referirse al cónyuge o conviviente, se está haciendo alusión a que solo cobra aplicación tal norma entre personas que mantiene en una vida sexual común, con carácter de permanente⁶⁸.

Lo que también ha sido recogido en nuestros fallos, en donde el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, expone en su considerando Décimo Tercero⁶⁹: "...[d]e igual manera, en lo relativo a que en la especie habría que tener presente lo dispuesto en inciso 3º del artículo 369 del Código Penal, en cuanto a que el legislador establece requisitos especiales, para el caso de ocurrencia de delitos de esta índole entre cónyuges - argumento esgrimido por la defensa- cabe acotar que tal disposición es para el caso de cónyuges que "hacen vida en común", es decir, que viven juntos, que cohabitan, lo que es del todo lógico, sin embargo no se aplica en el caso en comento, toda vez que tanto de la declaración de Astudillo, del propio acusado, del padre de éste y de S.... E...⁷⁰,

⁶⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon, Curso Derecho Penal Parte Especial, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 151

⁶⁹ Sentencia dictada en causa RIT 46-2005, Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle.

⁷⁰ Si bien en la sentencia figura el nombre completo del testigos, para efectos de este trabajo, sólo se han mantenido las iniciales de testigo.

la víctima y el agresor, si bien eran cónyuges " a la fecha de la comisión del ilícito - se encontraban separados de hecho, hace casi un año".

A nuestro juicio, la postura adoptada tiene como sustrato la existencia de un proyecto de vida permanente entre las partes, que incluye contenido sexual, así fue graficado en la historia de la Ley, intentando además, por un lado equiparar a la familia matrimonial y la no matrimonial, y por otro lado excluir uniones esporádicas y con contenido no sexual, por lo que se requiere que al momento de producirse la agresión deba existir esta interacción, y por esta misma intimidad, se faculta a la víctima, ya sea por arrepentimiento del agresor, por perdón efectivo, por la posibilidad de recomponer la vida de pareja y mantener la integridad familiar, solicitar al juez poner termino al procedimiento.

Pero sin esa interacción permanente y con contenido sexual, la voluntad de la victima de poner termino al procedimiento, puede estar fundada en motivaciones diversas a las expuestas y para evitar que esta norma se impetrada en forma espuria, el legislador la exigió como requisito fáctico.

2.2.2.3 La voluntad de la víctima

La manifestación de voluntad por parte de la víctima, es el supuesto base de procedencia para la aplicación de este instituto, cuya manifestación debe ser

expresada en forma libre y espontánea, ya que como lo señalamos en el acápite precedente, la forma en que se expresa esta voluntad y sus motivaciones son de relevancia para la aplicación del instituto en estudio.

Así, la relevancia de la libertad con la que se exige expresar esta voluntad, no puede tener otra razón de ser que la aplicación de una norma de excepción a la vigencia de principios como el respeto conyugal, la interdicción del maltrato entre cónyuges o convivientes, y en definitiva la dignidad de la persona.

Bajo la nueva redacción de la norma, la manifestación de voluntad libre y espontánea necesaria y obligatoriamente debe ser sopesada. Entonces, si el ofendido solicita poner término al procedimiento, el juez deberá revisar el contenido, forma y contexto, en que se manifiesta su perdón, (punto sobre el que nos explayamos mas adelante) ya que como lo refiere Rodríguez Collao en la segunda edición de su libro, se está en presencia de una manifestación especial del perdón del ofendido⁷¹, idea sobre la cual Juan Bustos Ramírez, la entiende como fundamento más de un indulto -lo que supone un proceso concluido con la imposición de una condena- que como fundamento del termino del proceso. Así, Bustos Ramírez indicó sobre el perdón del ofendido en los

⁷¹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Jurídica de Chile, 2º Edic, Santiago, 2014, p. 408.

delitos sexuales consagrado en el artículo 443 del Código Penal español: “el perdón del ofendido, del representante legal o del guardador del hecho, no extingue ni la acción penal, ni la responsabilidad de esa clase; como se ha dicho, el perdón del ofendido pierde cada vez más sentido como institución penal y los que le sirven de fundamento podrían más bien servir para fundamentar el indulto”⁷².

La jurisprudencia en este punto, pese a que se trata de fallos bajo redacción previa a la Ley 20.480, el análisis que se realiza a la manifestación de voluntad de la víctima, resulta aún aplicable, ya que como referimos, la esencia de la regla 2ª del artículo 369 en cuestión, prevaleció en esencia.

Así, la Ilustrísima Corte de Valparaíso, respecto a este punto señaló: [q]ue de lo consignado anteriormente, mérito de los antecedentes de este juicio, lo informado por los intervinientes y propia declaración de la víctima, no aparece que entre ella y el imputado haya existido hasta ahora una reconciliación o un efectivo perdón que aquella le haya otorgado en relación con los hechos de los cuales habría sido víctima, sino que su motivación radica en circunstancias que pueden ser consideradas como una coacción a su voluntad, como son su necesidad de ayuda económica y los sentimientos de su hijo que extraña a su

⁷² BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual Derecho Penal, Parte Especial, Ariel S.A., Barcelona, 1991, p. 126.

padre, razones que impiden considerar que su decisión de no continuar con el procedimiento haya sido efectuada en forma libre y sin presiones⁷³.

Que, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conociendo de un recurso de protección deducido por la defensa, ante la negativa del Juzgado de Letras y Garantía de Calbuco de aplicar lo dispuesto en el artículo 369⁷⁴ del Código Penal, señaló “que la resolución que no accedió a la petición de la defensa respecto a poner término al procedimiento por la voluntad de la víctima, tuvo como fundamento la exposición por parte del Ministerio Público de un informe evacuado por la unidad de atención a víctimas y testigos de dicha repartición, el cual da cuenta que la víctima padecía de afectación emocional por la agresión sufrida, además de presentar antecedentes psicológicos propios de la violencia intrafamiliar, tales como el proceso de retractación.

Refiere a que en una de las audiencias anteriores, la propia víctima, luego de manifestar su voluntad de poner término al procedimiento, señaló que lo hacía por motivos económicos, ya que dependía en este sentido del imputado”.

⁷³ Fallo de causa Rol Corte 613-2008, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de junio de 2008.

⁷⁴ Sentencia dictada en Rol Corte 16-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Y luego razonó el tribunal de alzada, en su considerando “TERCERO: Que, con el mérito de autos, especialmente del informe evacuado por la recurrida y las alegaciones vertidas en estrado por la representante del Ministerio Público, se ha podido constatar que la resolución dictada por la Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Calbuco, obedece a la ponderación efectuada respecto de los antecedentes presentados en audiencia por los intervinientes, resolución que ha sido debidamente fundada y motivada, ajustándose a los parámetros que la ley contempla, razón por la cual no se vislumbra la existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria que deba ser corregida por esta especial vía”.

En cuanto a este punto y específicamente acerca de la formación de la voluntad en la víctima, la Corte de Apelaciones de Valdivia, acogió recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de violación impropia, no aplicando el artículo 369 del Código Penal. En su fallo, el tribunal de alzada, indicó que las relaciones sexuales fueron consentidas y que la convivencia entre las partes se ha mantenido desde el embarazo de la niña, lo que unido a la manifestación de voluntad de la víctima plasmada en una carta, resultaban antecedentes suficientes para tener por cumplidos los requisitos de la norma en cuestión y decidió absolver al imputado.

No compartimos los criterios vertidos por dicho tribunal de alzada, toda vez que; en primer término, la norma bajo análisis, es clara en requerir que la vida en común debe existir al momento de la agresión y no al momento de la solicitud, ya que de lo contrario volveríamos al paradigma superado de recomponer el honor a través del matrimonio posterior, más que pretender dar solución a situaciones especialísimas ejecutadas en el contexto de violencia intrafamiliar.

Como segundo punto a disentir, está la falta de verificación de una manifestación de voluntad libre y espontánea, que represente efectivamente un perdón no forzado, lo que resulta capital ante los efectos que dicha decisión implica, no tan sólo a nivel de proceso, si no que también en el derrotero vital de la afectada, en donde, y debido a la convivencia requerida al momento del hecho, es bastante presumible que reanude su vida en común con el agresor, con el riesgo de cronificación de la violencia; y por último, tratándose de un delito de violación impropia, en donde la menor de catorce años, de acuerdo a la normativa vigente, se encuentra limitada en su quehacer sexual, en su capacidad para celebrar actos jurídicos, y en forma específica para la celebración de matrimonio.

Ante la falta de claridad del texto sobre la forma en que debe analizarse esta manifestación de voluntad, proponemos que la verificación de la libertad de

las víctimas para este consentimiento, cualquiera sea su edad, impone una revisión del contexto, y de factores objetivos que determinan la capacidad de la víctima para expresar su voluntad en libertad. Estos criterios, no están determinados en la norma. Sin embargo, podemos encontrar en nuestra legislación, algunos cuerpos legales que si tratan el tema de la libertad en consentimiento de la víctima, a propósito de causas de violencia intrafamiliar y de mediación en materia de familia. Observemos por ejemplo lo que dispone la ley 19.496, que Crea los Tribunales de Familia, en su artículo 100 a propósito del Procedimiento por Actos de Violencia intrafamiliar, que dispone que el juez para poner término al procedimiento debe verificar si la voluntad de la víctima fue manifestada en forma libre y espontánea. En la misma Ley encontramos dentro de los criterios de la mediación en el artículo 105 tales como la igualdad y voluntariedad, todo lo cual puede también colacionarse con los factores de riesgo que alteran la posición de igualdad entre las partes y que se encuentran recogidos por el artículo 7 de la Ley 20.066 que Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar. Dicha norma propone como criterios de riesgo –los que a nuestro entender también sirven como parámetro para revisar la concurrencia de desigualdad entre las partes- que podemos categorizar como sigue: a) que al delito haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor; b) o cuando concurren respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar,

condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798; c) existencia de antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta; d) situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima; e) obligación de cautelar especialmente cuando la víctima esté embarazada, o se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Fuera de los criterios con fuente normativa citados, podemos agregar, desde una perspectiva del fenómeno de la violencia intrafamiliar, que debe ser considerada también la circunstancia de existir por parte de la víctima, una dependencia económica del hechor.

Nuestra propuesta, junto con contener una interpretación sistémica e integral de la problemática, busca, al conocer de mejor manera el contexto en que se encuentra la víctima, ser promotora del derecho de la mujer a vivir libre de violencia, conforme lo consagra el artículo 3 de la Convención Belém do Pará y además; satisfacer el deber del Estado, consistente en actuar diligentemente en la sanción de los actos de violencia contra la mujer, mandato contenido en literal b) del artículo 7 de la convención referida, al utilizar las

herramientas legales existentes y reducir puntos de impunidad, al despejar las verdaderas motivaciones de la manifestación de voluntad de la víctima.

Otro punto relevante que impone una mirada detallada es el caso de la minoría de edad de la víctima y su manifestación de perdón. Sobre el punto, el profesor Rodríguez Collao advierte dos posibilidades; la primera, que al tratarse de un delito en contra de un menor de edad, la acción es de carácter pública, por lo que el perdón del ofendido no resultaría procedente en este caso y; la segunda, en donde la redacción del artículo 369 del Código Penal hace referencia expresa tanto a delitos cometidos en perjuicio de mayores de edad, como también de menores de edad, por lo que al ser una redacción amplia, el artículo en cuestión si resultaría aplicable para el caso de víctima menor de edad. Desde nuestro punto de vista, sería la última opción la que debe adoptarse, ya que junto al tenor literal de la norma, la finalidad de las modificaciones incorporadas a este artículo por la Ley 20.480 fueron, precisamente, ampliar su campo de aplicación, al incluir una serie de nuevos delitos.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en consideración lo capital que resulta un análisis profundo y detallado de la manifestación de voluntad de la víctima menor de edad, creemos que en el caso citado, debieron adoptarse medidas que aseguraran de mejor forma, un análisis que no se limitara al

contexto de una audiencia, sino que conociera la realidad del entorno y condición en que se encontraba la niña, para ello, estimamos y proponemos que sería útil y posible, la designación de un curador ad litem, - de alguna institución colaboradora del SENAME dedicada a programas ambulatorios de protección de la infancia, o de la Corporación de Asistencia Judicial- que coadyuve al tribunal a sopesar ese contexto que quedó desconocido y que debido a la edad de la víctima, resultaba esencial para la decisión a adoptar por parte del tribunal, esta idea va en el sentido del derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído, y su derecho a ser representado debidamente en juicio, lo que se encuentra no solo consagrado por el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, sino que también recogido a nivel interno, por el artículo 19 de la Ley 19.968, que impone al juez, velar por la debida representación del menor en el proceso, situando en definitiva al menor de edad como sujeto de derecho que requiere representación no solo nominal sino que efectiva.

En resumen, de lo fallos expuestos y las observaciones realizadas, podemos concluir que; aparece que el rol del juez en la aplicación del artículo 369 del Código Penal, y en especial en el análisis de la voluntad de la víctima, debe ser un rol activo, resguardando la libertad y autonomía que debe tener la afectada al momento de exponer su perdón; que los criterios para revisar esa autonomía pueden ser recogidos de la legislación nacional que sanciona la violencia intrafamiliar; todo lo anterior para satisfacer integralmente la

necesidad de escuchar a la víctima en forma personal, y conocer sus fundamentos, lo que de paso, nos permite promover derechos y satisfacer mandatos provenientes de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país.

2.2.2.4 Aprobación judicial

Como ya lo adelantábamos, la última modificación realizada al artículo en estudio, despejó todo tipo de dudas, al clarificar que el perdón y voluntad de la víctima, deben conocerse y resolverse por un Juez y que la aplicación de la regla del artículo 369, tantas veces invocado, sólo resulta aplicable vigente que sea el procedimiento, no resultando ahora posible, afectar la fuerza de una sentencia ejecutoriada.

Al efecto, entonces, se requiere de una resolución judicial de carácter fundado y para lo cual el artículo 369 del Código Penal, ofrece un criterio amplio para su aplicación, por lo que las pocas sentencias halladas a su respecto y citadas previamente, nos permiten extraer una serie de elementos que deben ser considerados por el juez al momento de resolver; en primer termino, existe la necesidad de justificar la decisión a favor o en contra de su aplicación; luego, resulta vital, realizar análisis de la voluntad de la victima y la forma en que esta se manifiesta, como hemos analizado; en tercer término, analizar la gravedad

del hecho, la forma en que fue perpetrado el hecho vulnerador; y la conducta anterior del imputado respecto a hechos de la misma naturaleza.

Sobre este punto, creemos que los criterios referidos, deben ser complementados con nuestra propuesta, a fin de permitir una óptima comprensión del caso concreto.

2.2.3. Naturaleza del artículo 369 del Código Penal

El profesor Garrido Montt, acerca de la aplicación del artículo 369 del Código Penal expone que es una norma de carácter restrictivo, cuya invocación solo opera antes de la dictación de sentencia en el caso originado y en cuanto a su naturaleza jurídica estima que tal norma no opera como excusa legal absoluta y tampoco es una manifestación de los efectos de los delitos de acción penal privada o mixta. Manifiesta, también que tal norma recoge el sentir de la víctima, quién por diversos motivos, entre ellos la victimización secundaria, podría desear poner término al proceso⁷⁵.

⁷⁵ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte Especial, tomo III, Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 362.

Ante el criterio expuesto por el profesor Garrido Montt, y siguiendo a Cury⁷⁶ entenderemos para este trabajo como excusa legal absolutoria a “situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social”. Definición de la que se desprende que estamos en presencia de un delito que es reprochable a su autor, pero por razones de política criminal, como pueden ser utilidad social y eficacia normativa, la ley se abstiene de castigar.

En contraposición a Garrido Montt, el profesor Rodríguez Collao, en la primera edición de su libro, respecto a la regla 1ª de la norma en estudio, entendía que recogía una excusa legal absolutoria, toda vez que el hecho se adecuaba al tipo penal, pero por razones de política criminal, específicamente para mantener la convivencia familiar, permite que no se continúe con el proceso, salvo que la ofensa sea de tal magnitud que haga necesaria la aplicación de una sanción⁷⁷.

⁷⁶ CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal Parte General. Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, pp 469.

⁷⁷ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, Delitos Sexuales, Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 294. Ya en la segunda edición de su libro, el profesor califica al artículo 369 del Código Penal como una especial y excepcional forma de perdón del ofendido, p. 409.

Ante estas posturas, se ha estimado por los tribunales que en lugar de ser una excusa legal absoluta, estaríamos más bien, en presencia de una forma especial de operar del perdón del ofendido, lo que está estrechamente vinculado con la naturaleza mixta de la acción penal de esta clase de delitos. Así fue expuesto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia⁷⁸ en fallo causa rol 162-2004.

⁷⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa Rol 162-2004, de fecha uno de septiembre de 2004 “ 8º).- Que si bien de la carpeta de antecedentes deviene que la víctima del delito aceptó que se principie la investigación por el ilícito, no es menos cierto que una vez iniciada ésta, intervino el perdón de la afectada, teniéndose presente que en los términos del artículo 93 N° 5 del Código Penal, dicho perdón procede cuando la pena se impuso por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada; y que el artículo 19 del citado texto legal, especifica "que el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado". 9º).- Que al tenor de lo que se ha ido indicando, no cabe duda por el perdón del agraviado, que es una forma de poner término a la responsabilidad no opera en todo los delitos, ya que quedan excluidos los de acción pública; y por ello, el perdón en estudio es procedente únicamente en los delitos denominados de acción privada, y en los de acción pública, previa instancia particular. 10º). Que el delito de violación, como ya se indicó en los apartados pertinentes, son delitos de acción mixta, porque siendo de acción pública requieren de la denuncia del afectado, por lo que procede en estos el mencionado perdón, en cuanto que extingue la posibilidad de ser castigado, y por ende el sujeto activo de ello, carecerá de acción para perseguir criminalmente al autor, ocurriendo aquello como consecuencia de la extinción de su responsabilidad penal. 11º).- Que de lo preseñalado, consta que ha habido requerimiento de parte de la ofendida para no continuar con la acción de violación, cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetró el delito, y por ende no se puede desoir tal actitud, y de ahí que será menester acogiendo dicha voluntad, manifestada libre y espontáneamente, el poner término al procedimiento”.

En nuestra opinión, el instituto en cuestión no representa una excusa legal absoluta, de acuerdo a la definición que hemos expuesto, puesto que requiere de una interpretación restrictiva, y las reglas de su aplicación que ya hemos analizado, nos llevan a entender que la finalidad del legislador no fue levantar la punibilidad del delito de violación entre cónyuges o convivientes, si no que ha quedado asentado que se busca establecer un castigo para dicho ilícito, y excepcionalmente, tal suceso podría quedar sin punición, pero tal resultado no depende del imputado ni de la diligencia de su defensa, si no que depende de la voluntad de la víctima; voluntad respecto de la que tampoco basta su sola manifestación⁷⁹, lo que ya hace más estricta y dificultosa la aplicación del artículo 369 del Código Penal, puesto que la manifestación de voluntad debe ser analizada y visada por parte del juez, quién deberá resguardar la libertad y la autonomía en que se manifiesta la postura de la víctima y verificar si se cumplen los presupuestos fácticos de la norma.

Son los elementos anteriores, los que nos permiten excluir al artículo 369 del Código Penal como una excusa legal absoluta y a nuestro parecer, dicha norma es una aplicación especialísima del perdón del ofendido, debido a las

⁷⁹ Y por lo tanto, no compartimos el razonamiento que expuso la ICA Valdivia acerca del carácter de acción mixta del delito de violación, ya que si la conclusión fuera esa, no resultaría necesario la autorización judicial y el análisis previo que debe realizar el juez sobre la manifestación de voluntad de la víctima.

condiciones tan particulares en las que se presenta el ilícito y que ante la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, se ha pretendido dar un mayor resguardo y protección en la pureza de la manifestación de voluntad de la afectada o afectado ante un Juez de Garantía.

CAPÍTULO 3 CRÍTICAS Y PROPUESTAS A LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Luego del desarrollo doctrinario y jurisprudencial realizado, estimamos útil realizar observaciones y/o propuestas a la legislación imperante.

3.1. En cuanto al delito de violación

3.1.1. Bienes tutelados y reproche

Desde un punto de vista de equilibrio entre bienes tutelados, el delito de violación en el marco de una relación marital o concubinal representa un ilícito de mayor disvalor frente al delito de violación en un contexto común y que por ende requiere de mayor reproche punitivo, ello por cuanto “ésta provoca en la mujer sentimiento de humillación, vergüenza y culpa, bajo autoestima, aislamiento físico y emocional y la vivencia de sentirse diferente.” Por lo que mantiene en secreto esta situación abusiva, “por temor a que la culpen de provocar a su pareja, de tener trastornos sexuales, de ser poco atractiva o asexual. Con el tiempo y a causa del abuso crónico, es posible que ella se

convenza de que realmente padezca de esos problemas y llegue a aceptar que merece ser castigada”⁸⁰.

Los efectos descritos, causados por este tipo de agresión sexual, sobrepasan a los “habituales⁸¹” de una violación por parte de un extraño, lo que permite concluir que a nivel de daño psicológico y emocional, estos se acentúan por el vínculo de intimidad entre agresor y víctima.

Este mayor disvalor, no encuentra eco en nuestra legislación; no encontramos una figura específica para el delito de violación cometido en las circunstancias referidas, tampoco encontramos una agravante especial en este tipo de ilícitos, a diferencia de otras relaciones que si encuentran un tratamiento especial en materia de delitos que atentan contra la libertad sexual, como por ejemplo, el artículo 368 del Código Penal, que recoge el mayor disvalor que representan las conductas que describe, las que dicen relación con una posición especial que le asiste al imputado respecto de la víctima, y que en consecuencia, motivan la agravación de la responsabilidad del autor.

⁸⁰ VELASQUEZ Susana, Violencias Cotidianas, Violencia de Género. Op. Cit p 110.

⁸¹ Sentimiento de desamparo, vivencia de estar en peligro permanente, sentirse diferente a las demás. Según Susana Velasquez, op cit p. 40-41.

3.1.2. Acerca de otros delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar

Ligado al punto anterior, esto es, inexistencia de figura agravada; tal situación contrasta con la regulación brindada por el Legislador a otros ilícitos ocurridos dentro del núcleo familiar o entre personas que mantengan o hayan mantenido vínculos matrimoniales o de convivencia.

Así, respecto del ilícito de lesiones cometidos entre personas que mantengan los vínculos del artículo 5 de la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, el artículo 400 del Código Penal, consagra el aumento de las penas en un grado.

Ahora, si ascendemos en la escala de lesividad de los hechos, encontramos el mismo criterio en el delito de parricidio, ilícito descrito en el artículo 390 del Código Penal, en donde el conocimiento del parentesco que mantienen la víctima y agresor, es el requisito suficiente para separar la conducta descrita de un homicidio común y configurar este tipo especial, con el consecuente aumento de pena que el Legislador ha dispuesto.

Y de manera más reciente la consagración del tipo penal de femicidio en el artículo 390 inciso 2 del Código Penal, en donde el vínculo de matrimonio o convivencia, sea efectivo o pasado, da lugar a la configuración de este tipo

penal específico, que si bien, no representa una penalidad distinta al parricidio, su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico se debió a una fuerte campaña comunicacional, en donde los medios nos informaban de la ocurrencia de un nuevo hecho y el número de la estadística anual que le correspondía y además a la necesidad de dar un reconocimiento expreso a una situación de violencia hacia la mujer que se venía dando desde hace años.

Los ilícitos referidos, son castigados de manera agravada, ya que se entiende que no solo existe una afectación del bien jurídico protegido, vida o integridad física, si no que también existe un ataque a los afectos y a las confianzas, provocando un alteración a la familia.

3.1.3. Necesidad de establecer figura agravada

Conforme a lo razonado en los literales a) y b), creemos que la lesividad del hecho, unida a la regulación especial sobre el contexto en que ocurre, nos debe llevar a establecer una figura calificada del delito que nos ocupa, con un aumento de castigo, ya que se trata de elementos que deben ser sopesados al momento de establecer el reproche, por lo motivos ya expresados.

Una de las vías para esta calificación, podría ser el establecimiento una agravación expresa al efecto, como lo establece el Código Penal colombiano, el que en su artículo 211 dispone: “Circunstancias de agravación punitiva. Las

penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.”

Otra vía, es seguir el ejemplo español en su normativa LO 1/2015, en donde se establecen agravantes por motivos discriminatorios, dentro de los cuales se encuentran las razones de género. En donde, su aplicación es más amplia que los vínculos que hemos analizados, pero al tratarse de violencia de género, como ya vimos, queda incluida la violencia sexual ejercida por la pareja. Por lo mismo, y a diferencia de la propuesta anterior, aquí no bastaría con establecer el vínculo entre víctima y victimario para obtener la agravación de la pena, sino que debe acreditarse un contexto de violencia hacia la mujer.

Por último, también podemos recurrir a las agravantes genéricas para obtener un aumento en la sanción, específicamente a la circunstancia modificatoria mixta del artículo 13 del Código Penal, la que sólo aplica para el caso de los cónyuges, ya que pese a las modificaciones de los tipos penales que hemos visto, no se ha incorporado a los convivientes en esta modificatoria de responsabilidad, entendiendo desde nuestro punto de vista y luego de la homologación de vínculos a que hemos advertido en otras normas, que no existe motivo alguno para ello, por lo que debería ser incorporada.

3.2. Acerca del artículo 369 del Código Penal

Sobre este punto, creemos que existe entre la norma en estudio y el resto de la Legislación sobre Violencia Intrafamiliar, una evidente contradicción, puesto que pese a tratarse de agresiones circunscritas a un mismo contexto - violencia intrafamiliar - y por ende a una misma fenomenología, la voluntad de la víctima presenta un tratamiento y una aceptación absolutamente opuesta.

Así, en el ilícito objeto de nuestro estudio, existe una aceptación expresa y una regulación especial de dicha voluntad como una forma de término de la causa. Mientras que para los demás ilícitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, conforme al artículo 19 de la Ley 20.066, la voluntad de la víctima traducida como acuerdo reparatorio; salida alternativa –y de poner término a la causa- que descansa en el acuerdo de voluntades entre la víctima y el acusado, resulta expresamente vedada.

Ya en materia de actos de violencia intrafamiliar no constitutivos de delito, que son conocidos por Tribunales de Familia, la Ley 19.968, indica en su artículo 100 que, la forma de término de procedimiento por este tipo de actos, puede ser por sentencia o por el vencimiento del plazo de la suspensión de la dictación de la sentencia. En el primero de los casos corresponde al acto jurisdiccional propiamente tal, por lo que no depende de la voluntad de la

víctima; y el segundo, a una salida alternativa que supone un acto jurisdiccional acordado con las partes, ya que nace del juez, quién además propone condiciones, las que deben ser aceptadas por las partes.

Además, el artículo 100 ya referido, prescribe que cuando la denuncia ha sido presentada por terceros, la víctima puede solicitar el termino de la causa, lo que debe ser resuelto por el juez, previo informe del Consejo Técnico, en que se analizará si su voluntad ha sido manifestada de manera libre y espontanea⁸². Debiendo destacarse, en este supuesto, que si la denuncia la realizó la misma víctima, no resulta aplicable esta posibilidad.

Entonces, en materia de Tribunales de Familia, la sola voluntad de la víctima, como forma de poner termino a un proceso, carece de protagonismo y trascendencia.

Luego, tratándose de delitos no contemplados en el artículo 369 del Código Penal, su voluntad como forma de poner termino a una causa, se encuentra prohibida.

⁸² Lo que nos recuerda el analisis que se debe realizar en el supuesto de la norma que venimos estudiando.

En ambos supuestos, el fenómeno de la retractación⁸³, como parte del ciclo de la violencia intrafamiliar, ha motivado que el Legislador, busque formulas que le cierren el paso a la impunidad de estos hechos e impidan la cronificación o incluso la asimilación de este patrón de conducta, impidiendo que el termino del proceso pase por la voluntad de la victima.

Incluso, podemos notar una graduación en la valoración de la voluntad de la victima, ya que en actos no constitutivos de delito, si bien es aceptada, ella queda restringida a un ámbito acotado de casos. Y en delitos en contexto de violencia intrafamiliar, no contemplados en la norma en estudio, su trascendencia decae drásticamente⁸⁴.

Y es esta última conclusión, la que nos genera mayor inconformidad, ya que si la voluntad de la víctima deviene en intrascendente para poner término a

⁸³ El ciclo de la violencia intrafamiliar, tradicionalmente supone tres fases: fase de acumulación y aumento de la tensión; fase de explosión o incidente agudo de agresión y; fase de arrepentimiento, reconciliación y comportamiento cariñoso, también llamada la “luna de miel”. Dentro de esta última fase, es donde se produce el perdón del ofendido, que puede traducirse en: la retractación, que implica modificar el relato brindado, generalmente con la finalidad de minimizar lo sucedido o exculpar al agresor; en el desistimiento, que implica el retiro de la denuncia.

⁸⁴ Sin perjuicio de la posibilidad poder aplicarse en este tipo de delitos, una suspensión condicional de la sentencia; salida alternativa que nace del juez y en donde la victima sólo tiene el derecho a ser oída, por lo que su opinión en contrario, no resulta vinculante para el juez.

delitos de menor entidad que la violación, ¿como nuestro Legislador en un ilícito de tal trascendencia, vuelve a entregar a la víctima la posibilidad de poner término a la causa, poniéndolo al mismo nivel que un acto no constitutivo de delito y cuya persecución debió ser iniciado por la denuncia de un tercero?.

Al respecto creemos, siguiendo a Matus y Ramírez⁸⁵, que efectivamente existe una incomprensión del fenómeno de la violencia intrafamiliar y las implicancias que conlleva en el actuar de las víctimas de este contexto, ya que las verdaderas motivaciones para que una víctima decida poner término a una causa, pueden ser múltiples y variadas y no necesariamente van a ser pesquisadas en una audiencia, razón por la que realizamos una propuesta al efecto, basada en elementos que entrega la normativa vigente.

Además, y conforme referimos, existe un tratamiento diferenciado a situaciones que discurren en un mismo contexto y bajo una misma dinámica disruptiva, presentándose como contradicción que la voluntad de víctima no resulta relevante para poner término a unas meras lesiones leves, pero en cambio, resulta capital para poner término una violación que la afectó, situación

⁸⁵ “Además, contrariando los conocimientos científicos acerca del fenómeno de la retractación en situaciones de violencia intrafamiliar, que generalmente no es más que una fase dentro del ciclo de la violencia.” MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Tiran Lo Blanch 2018. 2º Edición, p 185.

que no se encuentra debidamente justificada y que desde nuestro punto de vista genera una victimización secundaria⁸⁶, ya que la víctima, junto con haber debido soportar la agresión sexual y la afectación que ello apareja, se hace responsable de la libertad o encarcelamiento de su cónyuge o conviviente, porque en definitiva esa es la ecuación final; y por lo tanto, debe cargar, no tan sólo con las consecuencias del actuar ilícito de su ser relacionado, sino que también con las consecuencias de su decisión de someterse o no a la norma que ha motivado nuestro trabajo.

Creemos que esta norma deja sujeta a la víctima a la presión de su persona relevante – el autor-, del Defensor de éste, como hemos podido apreciar en los fallos citados, de su hijos o de su núcleo familiar. Permitiendo que la decisión se adopte en base a dichas presiones, o a la dependencia económica, o al miedo, o a otras circunstancias que como se encuentra articulado actual de la norma en comento, no podrán ser pesquisadas en la instancia prevista, alejándose de los deberes de protección que se supone, le competen a una víctima, sino que más bien, permitirán la impunidad de este tipo de hechos y la cronificación de este tipo de conductas, fallando el sistema

⁸⁶ Concepto que ha sido definido por María Luisa Piqué, como “la exacerbación del daño que genera el delito en razón del tratamiento con poca sensibilidad y la falta de comprensión de las necesidades de la víctima por parte de las agencias con las que ésta entra en contacto.” *Genero y Justicia Penal*. Ediciones Dido. Buenos Aires, 2017, p 318.

en la respuesta a la problemática de la víctima y también a los deberes internacionales adoptados por el Estado.

Lo anterior no implica entender que la víctima carezca de juicio o voluntad, sino que debido al contexto en que se dan este tipo de hechos, en donde difícilmente existirá una violación aislada de una conducta castigadora o abusiva previa, intimidación ambiental, como la denomina el profesor Aboso⁸⁷, lo que nos debe llevar a entender que ese “ambiente”, no desaparece de la noche a la mañana y unido a las presiones del grupo de personas que referimos y al ciclo de la violencia, hacen difícil suponer un actuar libre y autónomo de la afectada. Razones, por la que proponemos la derogación⁸⁸ del inciso 4° del artículo 369 del Código Penal o su modificación, debiendo implementarse expresamente, en este último entendido, mecanismos de orientación, apoyo, intervención⁸⁹ y evaluación, que permitan a la víctima romper el círculo de la

⁸⁷ “En donde el clima de agresión permanente que se vive en la relación intersubjetiva, hace impensable, o al menos improbable, una actitud o conducta de resistencia u oposición de la víctima”. Op cit. p. 280.

⁸⁸ Siguiendo al Código Penal español, en su artículo 191Nº2 dispone que en los delitos del Título VIII, sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, donde se incluye la violación; el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

⁸⁹ Teniendo como ejemplo para ello la LO 1-2014 española.

violencia y; al tribunal, conocer de manera profesional e integral la real voluntad de la víctima.

CONCLUSIONES

1.- Es indiscutible que hoy, la figura de la violación entre cónyuges o convivientes, se encuentra penada en nuestro ordenamiento jurídico, no desde una perspectiva específica para el caso, sino que comprendida dentro de las tipicidad general para el ilícito de violación; y que, tanto la doctrina y la jurisprudencia se han alineado en este sentido, desestimando al debito conyugal como un derecho que puede ser ejercido y exigido a todo evento, o que el hecho de mantener una relación matrimonial o de convivencia, implique una renuncia a libertad sexual. Lo anterior fundado en la concepción de primacía de la libertad sexual, que subsiste como derecho consustancial a la dignidad del ser humano.

2.- En la legislación nacional, se ha observado modificaciones legales y una evolución en cuanto al bien jurídico protegido en el tipo de violación, transitando desde ofensa el honor a un atentado a la libertad sexual.

3.- La evolución referida impactó en la forma en que se aplica el sobreseimiento definitivo en los supuestos del artículo 369 del Código Penal. Así, en tiempos pasados, el hecho de contraer matrimonio con la víctima en forma posterior a la agresión, era el fundamento para la petición de sobreseimiento definitivo. Mientras que hoy, la existencia de matrimonio y de

vida común a la fecha de la agresión, es requisito de procedencia para la petición de la víctima acerca de un eventual sobreseimiento.

Además, el artículo 369 mencionado, bajo la última redacción, reconoce el perdón del ofendido como forma de termino de un procedimiento, pero sin que sus efectos se puedan extender al cumplimiento de una pena ya impuesta.

4.- Que en cuanto a la aplicación actual de dicha norma, requiere que el juzgador al momento de su decisión, realice un análisis profundo y fundado acerca de la forma en que se manifiesta el perdón de la ofendida -adulta y especialmente la menor de edad- utilizando criterios que han debido ser complementados por la jurisprudencia y que -de acuerdo a lo que proponemos en este trabajo- pueden ser extraídos de la legislación que sanciona la Violencia Intrafamiliar, concretizando deberes internacionales, a a fin de resguardar una manifestación de voluntad exenta de vicios.

5.- Que a nivel internacional, ha existido una preocupación constante en este tema, lo que ha permitido la creación y adopción de instrumentos supranacionales, que han impuesto deberes a los Estados, motivados por la necesidad de prevenir y erradicar toda clase de violencia y discriminación contra la mujer, lo que implica, necesariamente, todos los tipos de violencia que la mujer sufre al interior del círculo familiar, y que sin duda incluye a la violencia

sexual.

6.- En este contexto, se entiende que la conducta objeto de estudio, vincula tanto la normativa penal como las normas especiales de violencia intrafamiliar y de genero, por lo que si la finalidad de este conjunto normativo es brindar protección a la victima, en este caso la mujer, a través de la prevención y erradicación, de toda forma de violencia hacia ella, aparece necesario -desde una perspectiva de reforma legal- en consonancia con la normativa de violencia intrafamiliar: a) elevar el reproche de este tipo de conductas, ya sea a través de una agravación especial de los delitos sexuales perpetrados en el contexto de una relación matrimonial o de convivencia, o de la incorporación del conviviente en la circunstancia modificatoria del artículo 13 de del Código Penal y; b) derogar el inciso 4° de una norma como el artículo 369 del Código Penal, ya que no va en directa protección de la victima, sino que por el contrario, la expone a circunstancias vulneradoras o; instar por introducirle modificaciones profundas, que velen por la protección efectiva de la victima y que al Tribunal le permitan poder conocer el verdadero contexto y fundamento de la voluntad de la afectada.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABOSO, Gustavo. Derecho Penal Sexual. B de F. Buenos Aires, 2014, p. 234 y ss.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Manual Derecho Penal, Parte Especial. Librotecnia, Santiago 2014, p. 213.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2008.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal. Informe en Derecho, Defensoría Penal Pública. Enero 2007.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 19.617, Valparaíso, 1999, p. 664.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 20.480, Valparaíso, 2011, p 123.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión Mixta Ley

19.617. Diario de sesiones del Senado, 1999, p. 1504.

BULLEMORE, Vivian, Curso Derecho Penal Parte Especial, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 144.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon, Curso Derecho Penal Parte Especial, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 151.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual Derecho Penal, Parte Especial, Ariel S.A., Barcelona, 1991, p. 126.

CURY URZUA, Enrique, Derecho Penal Parte General. Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, p. 469.

DEL RÍO C., J. Raimundo. Derecho Penal. Editorial Nascimento. Santiago 1935. Tercer tomo, p. 305.

FLORES FRÍAS, Melva y ARACENA MORALES, Lorena. Tratado de los Delitos Sexuales. Editorial La Ley, Santiago 2005, p. 57.

GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte Especial, Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 361.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, Apreciación y reprobación de la reforma de delitos contra la honestidad en Chile. Reforma Penal Sustantiva: en el camino

hacia un nuevo Código. Instituto de Estudios Judiciales. Cuadernos N° 6, 2002, p. 178.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor en informe en derecho para la Defensoría Penal Pública titulado “La Definición de convivencia en el artículo 390 del Código Penal.”

MARTINEZ – BUJAN PEREZ, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, p. 151.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 2º Edición. Tiran Lo Blanch, Valencia 2018, p 185.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Serie Mujeres Bajo la Ley. Breve Informativo la Violación en el Matrimonio. Enero 2010.

ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS. Informe Anual ONU Mujer, “El progreso de las mujeres en el mundo, en busca de la justicia”, Ginebra, 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan, Derecho Penal, Fundamentos de la Responsabilidad, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 72.

PIQUÉ, María Luisa. Genero y Justicia Penal. Ediciones Dido. Buenos Aires, 2017, p 318.

RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 124.

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Jurídica de Chile, Santiago 2000, p 135.

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Delitos Sexuales. Segunda Edición. Jurídica de Chile, Santiago 2014, p 177.

TOBAR SALA, Juan Carlos. Violencia Sexual, Análisis de la Nueva Ley. Pehuén Editores. Temuco 1999.

VELAZQUEZ, Susana. Violencias Cotidianas, Violencia de Género. Editorial Paidós. 4º Reimpresión. Buenos Aires, 2013, p 106.

Artículos de revistas

BLANCO RODRIGUEZ, Jinyola y SANTACRUZ LOPEZ, Raúl. La exclusión legal del abuso sexual entre cónyuges o compañeros permanentes como forma de violencia intrafamiliar. En Vniversitas Bogotá, N° 118, enero – junio 2009.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”. Gaceta Jurídica N° 250,

2001.

CORRAL TALCIANI, Hernán. El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI). Revista Chilena de Derecho de Familia 3, Santiago 2010, p. 3.

DE LA BARRA SUMA DE VILLA, María Asunción. Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales. Revista Derecho y Humanidades N° 16, Vol. 2. Santiago, 2010, p. 106.

MORALES, Miguel y RODRÍGUEZ, Roberto. “Hombres que agreden a sus mujeres”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 34, Santiago, 2008, p. 327.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. fundamentación y caracterización. Revista Ius et Praxis. Año 13, N° 2, p 246.

RODRÍGUEZ, Roberto y TALADRIZ, María. El delito de femicidio en Chile. Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 46, Santiago de Chile, 2011, p. 214.

SANTIBAÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana. Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480), en Revista Chilena de Derecho vol. 38 n° 1, p 193-207.

SILVA SILVA, Hernán. Criminalidad sexual y la reforma al Código Penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre 1999, p 146.

Sentencias judiciales

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 162-2004, de fecha uno de septiembre de 2004

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 613-2008, 23 de junio de 2008.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 16-2012.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.814-2012, 28 de agosto de 2013.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Rol 395-2016/Familia, 28 de febrero de 2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 724-2017, 11 de octubre de 2017.

Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 46-2005.

Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 027-2007, RUC 0600753725-3,
Mayo 2007.

Suprema Corte de Justicia Nacional de México, Tesis de Jurisprudencia 1a./
J.10/94.

Legislación y Convenciones

Ley 20.066, Biblioteca del Congreso Nacional.

Constitución Política de la República

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la
mujer.

Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Convención de Belem do Pará.

LO 1-2014 española.

Estadísticas

Ministerio del Interior. Encuesta Nacional de Victimización, 2013.

Subsecretaría de Prevención del Delito. Tercera Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar Contra la Mujer y Delitos Sexuales, 2017.

Ministerio Público. Boletín Anual 2018.

Sitios web

<http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/11/ed-message-intl-day-for-elimination-of-violence-against-women>

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=07A99F191566A23C9E92D78D4FD925A8?sequence=1

Portal informativo RFI español, visitada 28 de septiembre de 2014 en <http://www.espanol.rfi.fr/node/93314>.