

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA MAGISTER CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL
PUERTO MONTT
REGION DE LOS LAGOS

PROYECTO DE ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS
DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA: EL EMBARAZO A CONSECUENCIA DE
LA VIOLACION DE UNA MENOR DE EDAD Y SU CONSIDERACIÓN EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

MARÍA ISABEL RUIZ-ESQUIDE ENRÍQUEZ
12.696.132-4
PROFESOR GUÍA: GERMAN OVALLE MADRID
PUERTO MONTT, ABRIL 2013

1. Introducción:

Esta investigación corresponde a una Actividad Formativa Equivalente a Tesis, AFET, que pretende una revisión de los fundamentos que un Tribunal debería considerar al momento de la determinación judicial de la pena, tratándose de violaciones de mujeres menores de edad que resulten embarazadas a raíz del delito cometido. Se pretende un análisis crítico de la determinación judicial de la pena para casos como los planteados, revisando la argumentación que se ha utilizado para determinar la pena concreta impuesta y específicamente, la aplicación del artículo 69 del Código Penal, en cuanto a la “extensión del mal causado”.

Para lo anterior, se analiza el delito de violación vaginal, preguntándose si el embarazo a consecuencia de la acción típica cuenta como un criterio de relevancia del injusto y si es posible considerarlo como una repercusión extratípica a valorar por el sentenciador. Luego, se analiza el artículo 69 del Código Penal, y doctrina sobre determinación judicial de la pena. Finalmente, se buscan en sentencias dictadas por los delitos señalados, los argumentos y elementos antes referidos.

2. Índice AFET

	Página
Justificación de la investigación	5
Marco Teórico	6
Capítulo I	
El delito de violación y el embarazo	6
1.- Historia legislativa de los delitos de violación: ¿consideraciones sobre un eventual embarazo?	6
1.1.- Historia de la Ley N° 19.617	6
1.2.- Historia de la Ley N° 19.927	11
2.- El delito de violación vaginal: elementos del injusto	12
3.- La extensión de la pena en el delito de violación: fundamentos, desvalor de la conducta	14
4.- El embarazo producto de una violación como un daño: Máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados: ¿Alguna duda que el embarazo infantil es un embarazo no deseado?	19
5.- El embarazo como consecuencia de una violación: creación de un riesgo desaprobado	23
6.- La extensión del mal causado: Análisis del artículo 69 del Código Penal	27
7.- La evaluación de la extensión del mal causado: ¿cómo se mide?	30
8.- La respuesta del derecho comparado	31
8.1.- La solución legal: Experiencia de otros países: causal exculpante de aborto: el derecho al aborto	32
8.2.- La intervención de los organismos internacionales de Derechos Humanos	33
Capítulo II	
Individualización de la sanción penal	36
2.1.- La determinación judicial de la pena	36
2.2.- Doctrina nacional	37

2.3.- Doctrina extranjera	39
2.4.- Necesidad de justificación	45
2.5.- Relación con los fines de la pena	46
Capítulo III	
Revisión de sentencias	47
3.1.- Nota sobre los casos, hipótesis de trabajo	47
3.2.- Contexto de los casos revisados: cifras, cercanía con el agresor, características de las víctimas	50
3.3.- Respecto del embarazo: ¿Constituyó éste un hecho controvertido? ¿Fue establecido como un hecho acreditado por el tribunal?	52
3.4.- Análisis de la prueba, en aquellos casos en que se hizo aplicación del artículo 69 del Código Penal. ¿Qué justificó su aplicación por el tribunal? ¿Tuvo la Fiscalía que probar el mal causado o el embarazo bastó para satisfacer que era en sí mismo, un daño?	52
Capítulo IV	
Discusión de resultados	56
4.1.- Determinación de la pena en base al embarazo: comparación de grupos y circunstancias: embarazo, parentesco, ruralidad, edad, determinación de la pena y concesión de beneficios ley 18.216	56
4.2.- Pronunciamiento de los tribunales superiores de justicia	58
Capítulo V	
Propuestas	59
5.1.- Propuestas para el acusador	59
5.2.- Propuestas para el juzgador	61

3. Justificación de la Investigación:

En un país como el nuestro, en el cual no hay causal alguna que exima de responsabilidad penal a la autora de aborto, y en el cual incluso los casos de embarazos a consecuencia del delito de violación, no constituyen, -como en gran parte del resto del mundo-, una causal exculpante de responsabilidad penal del aborto de la mujer, nos parece pertinente preguntarnos qué tratamiento, que relevancia ha tenido, por parte de nuestros tribunales de justicia, la circunstancia del embarazo a consecuencia del delito de violación.

Desde la perspectiva de los derechos humanos de la mujer, nos parece fundamental hacernos cargo de esta circunstancia, pues creemos que la misma aumenta el mal causado con el delito a una maternidad forzada la cual, se sostiene, la hará revivir de por vida la experiencia traumática, obligándola a sacrificar derechos personalísimos por un deber de solidaridad que - más allá de no tener parangón en el ordenamiento jurídico¹ - se origina en un ilícito cometido en su contra, y frente al cual el poder judicial tiene la posibilidad de agravar la sanción penal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 69 Código Penal.

Entendiendo que la pena se justifica, -en una organización democrática como la nuestra-, como un reproche por la falta de fidelidad al derecho; la imposición de la misma constituye una actitud reactiva frente al quebrantamiento de la confianza en la observancia de la norma de comportamiento². Ahora bien, y en el marco de la teoría de la pena y de su determinación judicial, cuando la conducta cometida por el autor de una violación conlleva, además, el embarazo de la víctima, obligándola a modificar en

¹ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno [en línea] *Revista de Derecho y Humanidades*, Octubre 2004, número 10 < http://www.derechoyhumanidades.cl/dyh/index.php?option=com_content&view=article&id=63&Itemid=72> [consulta: 22 abril 2013] ,

² MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía en línea *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*, 2005, número 6 < <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/PENA%20Y%20CIUDADANIA.pdf>> consulta: 23 abril 2013

forma profunda y definitiva su proyecto de vida, ¿es ello considerado por nuestros tribunales?

La hipótesis que busco confirmar es que las penas que se imponen en los delitos de violación con víctimas que han resultado embarazadas producto del ilícito sufrido, no recogen la gravedad del hecho, desatendiendo de esta forma, lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal.

Agrava lo anterior el hecho que en Chile la violencia sexual y en especial la cometida al interior de las propias familias, constituye una realidad que se repite a diario, con consecuencias que limitarán dramáticamente el desarrollo del binomio madre hijo. En estos casos resulta relevante la acción de los tribunales de justicia, pues de lo contrario, cualquiera sea la teoría relativa a los fines de la pena a la que se adscriba, los mismos se vuelven inalcanzables.

4. Marco Teórico

Este trabajo investigará la relevancia del embarazo como consecuencia del delito de violación, al momento de la individualización de la pena, desde el punto de vista de las actuales teorías sobre la determinación judicial de la pena y, en especial, desde la perspectiva de la víctima y su reparación a través del concepto de mal causado por el delito, para la concreción de los fines de la pena que se postulan para un Estado democrático de derecho³.

³ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y Culpabilidad, Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Buenos Aires, Argentina, Editorial FD, Agosto 2003

Capítulo I: El delito de violación y el embarazo

1.- Historia legislativa de los delitos de violación: ¿consideraciones sobre un eventual embarazo?

1.1.- Historia de la Ley N° 19.617:

La ley 19.617, de 1999, que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, constituye la más importante modificación al Código Penal en materia de delitos sexuales, desde su regulación inicial de 1874. Con ella se establece una nueva tipificación de los delitos sexuales, en consideración a que el tratamiento legal vigente desde fines del siglo XIX, se alejaba radicalmente, -en opinión del ejecutivo de la época-, de la realidad social que vivía nuestro país. En efecto, la idea matriz fue la de corregir y adecuar la legislación chilena en materias vinculadas con los delitos sexuales, introduciendo una gran cantidad de modificaciones en la tipificación de los delitos y una serie de avances en el ámbito procesal. Así lo refiere expresamente el mensaje⁴, que se pronuncia sobre la ausencia de una normativa efectiva que permita enfrentar el tremendo problema social que originan los delitos sexuales. El mensaje reconoce del mismo modo, que estos delitos se tipifican en otras partes del mundo como delitos contra la libertad sexual, y que la carencia de una regulación efectiva, redundaba en serios problemas de discriminación contra las mujeres y los niños de nuestro país. Se refiere a la gran conmoción social que estos delitos causan, y asimismo a que éstos no se comenten en lugares oscuros, solitarios o por extraños, sino por conocidos, cercanos de las víctimas y de formas reiteradas en el tiempo, con todas las consecuencias y daños que ello puede generar.

El interés del ejecutivo, plasmado en el Mensaje, da cuenta de la necesidad de modificar la normativa para incorporar nuevas figuras comisivas del delito de violación, como asimismo adecuar el reproche penal a casos de habitual comisión, que se realizan mayoritariamente, -se sostiene-, al interior de las familias y en un inmenso

⁴ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Mensaje del ejecutivo del 03 de Agosto de 1993

número contra víctimas menores de edad. Este manifiesto interés del ejecutivo se comparte con la mayoría de los miembros del parlamento, y de hecho en materia de ampliación de tipos penales hay gran consenso. Lo mismo en cuanto al aumento de las penas, la limitación de los beneficios de la ley 18.216, la mayor libertad de prueba y las mejoras en el proceso. Por el contrario, las discusiones que se generan durante la tramitación de la ley, se refieren a cuestiones tangenciales al proyecto, como la sodomía y la homosexualidad, la incorporación de figuras de acoso sexual o a la discusión en torno a la pena de muerte.

Así, por ejemplo, y en cuanto a las modificaciones propuestas para el artículo 361 del Código Penal, -que contiene el tipo penal de violación-, consta de la historia de la ley, en la discusión en sala, intervenciones realizadas para justificar la modificación del verbo rector “yacer” al de acceso carnal, ampliando de este forma el tipo penal, haciéndolo extensible a cualquier persona. En las discusiones en sala se refirió el legislador al elemento retributivo que debe existir en la sanción del delito que nos ocupa, argumentando que este delito constituye un grave atentado contra la dignidad de la víctima, que le provoca serias e irreparables consecuencias futuras, todo lo cual, justifica el amplio margen de penalidad que contemplan para el mismo⁵.

Por su parte, y en relación a la forma de tipificar la vía por la cual se produciría el acceso carnal punible, se discutió si considerar al coito vaginal (al cual se refieren como el caso paradigmático de violación), y a la penetración anal, y sancionarlas ambas con una penalidad equivalente. Ello, dada la equivalencia en cuanto a su significación sexual. En la discusión en cuanto a este punto, la representante del gobierno se manifestó expresamente en contra del embarazo como una causal que aumentara la gravedad del delito, justificándolo en que limitaría las posibilidades en cuanto a aquellas víctimas que no quedaren embarazadas. Por el contrario y para justificar el coito vaginal como única forma de penetración sexual, se argumentaba que

⁵ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, discusión sala, página 225 y siguientes

el mismo representa históricamente el mayor grado de lesividad en cuanto es la única forma de penetración que permitiría el embarazo.

Como se ha dicho, fue intención del ejecutivo, comprender como hipótesis de penetración carnal, tanto el coito vaginal como anal, requiriendo la modificación del verbo rector del tipo "yacer", por "acceso carnal". Se sostuvo que ello era necesario pues así se permitía considerar víctimas tanto mujeres como hombres, y además porque la percepción social igualaba la gravedad de ambas conductas desde el punto de vista de su significación sexual. Se sostuvo que calificar la "violación sodomítica" como un "abuso sexual", sería percibido socialmente como una conducta menos gravosa, restándole importancia, aún cuando se sancionara con las mismas penas. Del mismo modo, se sostuvo que debía desestimarse la posibilidad de embarazo como fundamento de una mayor gravedad de la vía vaginal, pues en ese caso no podría calificarse como tal la violación de una mujer que, por cualquier razón, no esté en condiciones de procrear.

El Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su parte, se declaró partidario de mantener como verbo rector el "yacer", circunscribiendo la violación a la mujer y por vía vaginal⁶. Señaló que su posición se basa en una razón dogmática, porque, si bien en Códigos más modernos se tratan todos los delitos sexuales como abusos sexuales, el parámetro lo fija el coito vaginal, y luego, en orden decreciente, otros abusos de menor gravedad. Y ello se justifica, porque el coito en sentido estricto es la conducta sexual de mayor significación en el marco de relaciones predominantemente heterosexuales. Manifestó el representante del Departamento que existen razones para destacar simbólicamente el coito vaginal: es la única conducta que puede producir un embarazo en la mujer, y es el patrón de referencia para medir la gravedad de los otros atentados sexuales, porque, para discriminar entre uno grave y otro menos grave, no se acude a criterios abstractos, sino a su mayor o menor semejanza con el coito vaginal. Por ello, propuso obviar la ampliación del coito vaginal al coito anal mediante la incorporación de un supuesto especial de abuso sexual grave, que podría ser castigado con la misma

⁶ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Primer Informe Comisión Constitución, Página 252.

penalidad. - La mayoría de la Comisión, optó por considerar violación tanto el coito vaginal como el anal, sea heterosexual u homosexual, teniendo presente la gravedad de la conducta, el hecho que en el lenguaje común se les asimila, y que, aunque la penalidad fuese la misma, se consideraría de un menor disvalor delictivo el coito anal si no constituyese también violación⁷.

Como consta en la historia de la ley, la posibilidad de tipificar otras cavidades para el acceso carnal como parte del tipo penal, tales como el ano o la boca de la víctima, no estuvo exenta de discusión, sin embargo, es importante destacar que los motivos para incluir estas vías en el tipo, no dicen relación con la posibilidad de embarazo, riesgo que está presente en el injusto de la violación vaginal de la mujer, sino más bien, obedeció a motivos político criminales, tal ya se ha señalado⁸. Con posterioridad en la discusión parlamentaria se agregó el acceso carnal bucal, conducta que para un buen número de senadores no constituía más que una práctica masturbatoria, pero que finalmente, fue tipificada como una hipótesis más de acceso carnal para el delito de violación⁹.

⁷ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Primer Informe Comisión Constitución, Página 253 y siguientes.

⁸ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Discusión en sala, Página 514 y siguientes

⁹ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Informe Comisión Mixta. En tal sentido la Comisión Mixta consideró apropiado el criterio al H. Senado de señalar determinadamente los medios comisivos, en vez de la referencia a "cualquier tipo de penetración sexual". Estimó igualmente pertinente comprender el acceso carnal por vía bucal, que fue excluido por el Senado al configurar la violación solamente como el acceso carnal por vía vaginal o anal. Se abocó, en consecuencia, a examinar las razones que justificaría considerar violación el acceso carnal por vía bucal o, implícitamente, mantener esta conducta dentro de la descripción de los abusos sexuales, llamados hasta ese entonces abusos deshonestos. Tuvo presente, al respecto, la desproporcionalidad de penas que existía entre uno y otro delito. Algunos integrantes de la Comisión Mixta consideraron que el acceso carnal por vía bucal debía incluirse dentro de la figura de la violación, ya que constituía una modalidad de relación sexual y, si bien podía considerarse que el daño que se causa físicamente a la víctima es menor, sus efectos síquicos son enormes, en especial tratándose de menores de edad. Otros estuvieron en desacuerdo con ese punto de vista, porque estimaron que respecto de la boca no se produce propiamente una penetración; que es difícil distinguir entre la penetración y las prácticas masturbatorias, y que es evidente que no se ocasiona el mismo daño físico que cuando se afectan las cavidades vaginal o anal, sobre todo en el caso de menores de edad. Finalmente se aprobó en votación de la Comisión Mixta la agregación de la vía bucal a los medios comisivos de la violación contempladas por el Senado, esto es, el acceso carnal por vía vaginal o anal., Página 639 y siguientes.

Por su parte, es importante destacar que el legislador también se refirió al derecho de alimentos de los hijos concebidos productos de una violación, pues ello da cuenta de que el embarazo como consecuencia de las conductas sancionadas, estuvo presente durante toda la discusión parlamentaria de la ley. Optando por mantener la institución, se le dio a la norma una redacción más simple, que permita abarcar incluso las figuras de abuso sexual, para el caso eventual en que una mujer sea fecundada en el marco de dicho delito, quedando de manifiesto de esta forma, que la posibilidad de embarazo resulta una consecuencia gravosa posible en los delitos de la especialidad¹⁰.

1.2.- Historia de la Ley N° 19.927:

Con fecha 14 de Enero de 2004, la ley 19.927 modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, cuyas ideas matrices, según consta en la Historia de la ley, pretendió la protección de los menores de edad en materias de delitos sexuales y especialmente la represión del delito de pornografía infantil, adecuando la legislación interna con la Convención de los derechos del Niño para impedir la explotación de los menores en espectáculos o materiales pornográficos, protegiendo no sólo bienes jurídicos como la integridad y libertad sexual de los menores, sino también y como derechos inherentes a la dignidad humana, buscó proteger el libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad de los menores, respecto de quienes se estableció que no basta su voluntad para estimar lícita la conducta que los involucra, pues al carecer la de necesaria información, -sostuvo el legislador-, la voluntad de los menores no resulta verdaderamente libre¹¹.

Así se elevó de 12 a 14 años la edad mínima para consentir válidamente en una relación sexual con un adulto, argumentando que a la edad de 12 años un niño, - hombre o mujer-, no cuenta aún con las capacidades cognitivas mínimas para tomar

¹⁰ Ley N° 19.617. CHILE, Historia de la Ley, Primer Informe Comisión Constitución Página 274.

¹¹ Ley N° 19.927, CHILE, Historia de la Ley N° 19.927, Comisión Constitución, Página 24 y siguientes.

una decisión que pueda tener fuertes repercusiones en su vida. Además se encuentra en proceso de aprendizaje de crear vínculos con otras personas, por lo que es susceptible de ser manipulado por alguien mayor, cuestión que lo coloca en desventaja y en una situación de incapacidad para decidir con tal persona. A lo anterior, se estimó que, de conformidad con las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, el país debería igualar en 14 años, tanto para hombres como para mujeres, la edad mínima para contraer matrimonio¹².

La discusión fundamental de la ley, se centró en este punto, destacando estudios referidos a la edad de inicio de la vida sexual de los chilenos, estimándose que la mayoría de los jóvenes de nuestro país se inician sexualmente entre los 15 y los 18 años de edad, ello, a fin de justificar el aumento de la edad para consentir válidamente en una relación sexual, a 14 años de edad, tanto para hombres como para mujeres¹³. Esta discusión se mantuvo durante toda la tramitación de la ley fundándose las diversas posiciones de nuestros parlamentarios en cuestiones morales y culturales, aumentándose finalmente la edad para consentir en estas materias, a los 14 años¹⁴.

2.- El delito de violación vaginal: elementos del injusto

El delito de violación vaginal es tratado por toda la doctrina nacional, en general, como una de las hipótesis que contempla el legislador en los artículos 361 y 362 del Código Penal, en su texto actualmente vigente¹⁵.

En la figura prevista en el artículo 361, esto es el delito de violación propia, el núcleo conductual corresponde al acceso carnal cometido con ausencia del consentimiento de la víctima, lo que se entiende como la introducción del miembro

¹² Ley 19.927, CHILE, Historia de la Ley, Informe Comisión Constitución, Página 37 y siguientes

¹³ Ley 19.927, CHILE, Historia de la Ley, Primer Informe Comisión Constitución, Página 179 y siguientes.

¹⁴ Ley 19.927, CHILE, Historia de la Ley, Discusión en sala. Destaca en este sentido la intervención de la Diputada María Antonieta Saa, página 437 y siguientes.

¹⁵ Por todos: RODRIGUEZ COLLAO, Luis; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ María Cecilia; GARRIDO MONTT, Mario

masculino en la vagina, ano o boca de la víctima, equiparando, -se sostiene-, las vías de acceso a un mismo régimen jurídico¹⁶. La conducta puede ser cometida contra hombre o mujer, pues la norma se refiere al sujeto pasivo como “persona” y sólo por un hombre, como sujeto activo, dada la fórmula legislativa: “acceso carnal”. Respecto del sujeto pasivo no se requiere ninguna cualidad referida a su grado de madurez, aptitud física o mental, lo cual sí se requeriría para el sujeto activo, en cuanto una madurez fisiológica determinada. El delito de violación propia, requiere la comisión en hipótesis de falta de voluntad de la víctima, como la fuerza o intimidación, la privación de razón o sentido o incapacitada de oponer resistencia o abusando de su enajenación o trastorno mental. Por su parte, el delito de violación impropia requiere la comisión en condiciones que la víctima tenga menos de 14 años de edad, caso en el cual la ley presume iuris et de iure que no hay consentimiento por parte de la víctima.

Por su parte, los profesores Politoff, Matus y Ramírez¹⁷ sostienen que no es la actividad sexual lo punible en sí, sino en cuanto “esta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de comportamiento actualmente dominantes”. Lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el hecho de prevalecerse de una determinada circunstancia en que se encuentra la víctima.

Los autores se refieren a la conducta típica del acceso carnal vía vaginal, anal y bucal, estimando que se zanja de esta forma el conflicto de interpretación que algunos autores hacían del antiguo término yacer. Las circunstancias en las cuales debe realizarse este acceso carnal, -y en ello se encuentra conteste la doctrina¹⁸-, se configuran en torno a una penetración hecha contra la voluntad del otro, de forma que contando con la anuencia de éste, la conducta deviene en atípica.

¹⁶ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica, 2004. p. 135 y siguientes.

¹⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica, 2004. p. 237 y siguientes.

¹⁸ Por todos: RODRIGUEZ COLLAO, Luis; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia; GARRIDO MONTT, Mario.

3.- La extensión de la pena en el delito de violación, fundamentos, desvalor de la conducta:

Según el profesor Luis Rodríguez Collao¹⁹, el delito de violación alude a la forma más grave de atentado contra la indemnidad sexual; aquella que consiste en acceder carnalmente a una persona que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones de prestarlo, por razones físicas o mentales. El mayor desvalor de este delito se encuentra, sostiene, en la clase de comportamiento sexual que requiere el tipo, pues en nuestra cultura, el acceso carnal constituye la ofensa más grave dentro del ámbito de las conductas sexuales. Agrega que también las formas comisivas del delito, fundamentan su mayor desvalor, por cuanto éstas implican que el autor prescinde de la voluntad de la víctima, en una actitud, -dice-, de “claro menosprecio” hacia su condición de persona²⁰. Sin embargo, todas las consideraciones anteriores se exponen tanto para la violación vaginal, como para la violación bucal o anal, desde que la reforma introducida en el artículo 361 del Código Penal realizada por la ley 19.617 modificó la conducta típica de yacer a acceso carnal vía vaginal, bucal o anal. De esta forma, la conducta típica, prevista en los artículos 361 y 362 del Código Penal, está descrita como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, en ausencia de la voluntad de la víctima.

Por su parte, don Mario Garrido Montt²¹, realiza una interesante introducción en cuanto al interés jurídico protegido, que resulta relevante para la tesis aquí propuesta. Sostiene el autor que nuestro medio ha desarrollado los delitos que nos ocupan desde el punto de vista del orden de las familias y de la moralidad pública, concibiendo un espacio de libertad en el ejercicio de la sexualidad, en la medida que ello se desarrolle dentro de las esferas permitidas.

¹⁹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, op.cit., p.135 y ss..

²⁰ Si bien el profesor se refiere a menosprecio, para efectos de lo que se dirá más adelante en este trabajo en relación a la medición del daño en la doctrina alemana, llamamos la atención sobre esta circunstancia que constituye una fórmula de “humillación” para la víctima.

²¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte especial Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, p. 271 y Ss. Es importante señalar que el capítulo pertinente a los delitos que nos ocupan fue realizado por don Francisco Maldonado, ayudante de cátedra del profesor Garrido Montt, quien participa por el Ministerio de Justicia de la discusión parlamentaria de la ley 19.617.

Ahora bien, es importante destacar que, si efectivamente la mirada histórica sobre estas materias ha estado centrada en dichos bienes o intereses jurídicos relevantes, se comprende por qué no se ha hecho la relación entre autonomía sexual y maternidad y por lo tanto, por qué no se ha establecido ni en doctrina ni en el texto legal, que el embarazo forzado, a consecuencia de una violación vaginal, envuelve un injusto de la mayor gravedad. Si la tradición histórica de nuestro legislador ha sido la de desarrollar los delitos sexuales como delitos que atentan contra la moralidad pública, el orden de las familias o la honestidad, la visión de la maternidad se aleja del ejercicio de la libertad reproductiva de la mujer y se acerca, en cambio, a una manifestación del orden natural de las cosas. Y esto explica la forma en que el legislador entendió hasta antes de la modificación de la ley 19.617, las figuras del párrafo.

Sin embargo y por lo mismo, analizada la historia de la ley que modificó la materia, las discusiones realizadas para su concreción, y que la doctrina en general se refiere al bien jurídico protegido en estos delitos como la indemnidad sexual, resulta pertinente sostener que la maternidad constituye una decisión autónoma de la mujer, en el ejercicio de su libertad sexual y en atención al propio desarrollo de su plan de vida.

Lo anterior por cuanto la indemnidad sexual, consiste en el derecho de las personas a no verse involucrados en experiencias de carácter sexual, en consideración al daño que tal experiencia podría ocasionar en el común de las personas²². Y ello resulta relevante, pues el daño, como sostiene el profesor Rodríguez Collao, se refiere al detrimento que por la experiencia de contexto sexual podría sufrir la persona; a la perturbación que resulta un elemento determinante del desvalor que la ley le atribuye a estos delitos. El profesor dice que este detrimento puede ser de diversas clases: físico, psíquico y emocional: dolor, menoscabo a la salud, alteraciones en la personalidad, en la psique de la persona, miedo, rabia, asco, impotencia, ansiedad, victimización, etc. Así, la noción de indemnidad sexual, alude a un estado de

²² RODRIGUEZ COLLAO, Luis, op.cit., p.123 y ss.

bienestar que se relaciona con la forma en que cada persona asume su vida sexual, su integridad personal, intimidad y dignidad humana²³.

Por su parte, es innegable que el embarazo y consecuentemente la maternidad, constituye un hito relevante en la vida las mujeres, de carácter permanente, y que produce innegables cambios físicos y psíquicos en las mismas. Constituye igualmente, una decisión de que deriva del ejercicio de la libertad y dignidad humana, y en tal sentido implica una decisión autónoma de las mujeres en el campo sexual.

Los derechos reproductivos de las mujeres constituyen un ejercicio de la sexualidad y en especial, -en cuanto la misma sea producto de una relación sexual vaginal (excluyo aquí los embarazos por técnicas de reproducción asistida especial)- , la maternidad es parte de la autodeterminación sexual de las mujeres²⁴. De esta forma, el embarazo a consecuencia de una relación sexual en hipótesis del artículo 361 o 362 constituye un gravísimo ataque al bien jurídico protegido por la norma, en cuanto impone a la víctima a una maternidad no buscada y que resulta de la negación de su propia dignidad humana.

Aún en el evento que la figura del artículo 362 del Código Penal, resguarde la honestidad como bien jurídico protegido, entendida como “ciertos parámetros culturalmente determinados, como sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez²⁵, el bien jurídico resguardado no puede ser atacado con mayor gravedad que imponiendo el embarazo a consecuencia de la violación. Sostener lo contrario implicaría aceptar que socialmente es un hecho aceptado que las menores de 14 años sean madres, menores a quienes consideramos en toda nuestra legislación como

²³ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. op.cit., p.127

²⁴ Más específicamente, de los derechos reproductivos de la mujer. Sobre el tema: SABAL, Luisa; LEMAITRE, Julieta y RORA, Mónica (Eds) *Cuerpo y Derecho, Legislación y jurisprudencia en America Latina*, Centro Legal para derechos reproductivos y políticas públicas, Facultad de derecho Universidad de Los Andes, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, Capítulo II, Chile, D. Derecho al matrimonio y a fundar una familia, p.155 y ss. En el mismo sentido, RODRIGUEZ COLLAO, Luis, op.cit., p. 125 y ss.

²⁵ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op.cit., p. 241.

“niñas” y quienes al amparo de la ley N° 19.947 de matrimonio civil, no tienen edad suficiente para contraer matrimonio²⁶.

Por su parte y respecto del bien jurídico protegido en la materia que nos ocupa, respecto de la intención del legislador de la ley 19.617, es interesante señalar que el Profesor José Luis Guzmán Dalbora cuando se refiere al bien jurídico protegido por el delito de violación, analiza la discusión histórica que se produjo con la reforma de 1999 concluyendo que resulta evidente que el legislativo tomó una opción en orden a proteger la libertad sexual como bien jurídico protegido y no la honestidad mediante las figuras previstas en los artículos 361 y siguientes de Código Penal²⁷. Ello quedó además de manifiesto en la Historia de la ley como hemos revisado en el presente trabajo.

De otro lado, el desarrollo actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite además dotar de un especial contenido al derecho protegido, obligando al Estado a garantizar su cumplimiento, en tanto derecho humano que afecta en el caso de las mujeres su vida y su cuerpo, formando el núcleo de los derechos reproductivos de la mujer²⁸. El derecho a la libertad sexual se desarrolla en los Tratados Internacionales que regulan la materia, y en especial a partir de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo en El Cairo, cuyo programa de acción, reconoce que los derechos reproductivos constituyen una categoría de derechos humanos recogidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y espacimientto de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo²⁹.

26 Suficientemente decidir al respecto los dichos del actual Intendente del Bio Bio sobre los hijos sin “familia tradicional”: http://www.cooperativa.cl/intendente-del-biobio-falta-de-familias-tradicionales-lleva-al-anarquismo/prontus_notas/2011-08-25/152841.html

²⁷ GUZMAN DALBORA, Jose Luis. Apreciación y Reprobación de la Reforma de los delitos contra la honestidad en Chile, *Anuario de Derecho Penal* (1999-2000): 14 y ss.

²⁸ SABAL, Luisa; LEMAITRE, Julieta y RORA, Mónica (Eds) *Cuerpo y Derecho, Legislación y jurisprudencia en America Latina*, op.cit. p.17 y ss.

²⁹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, Septiembre 1994.

En tal sentido, el Programa de Acción de El Cairo y la Plataforma de Acción de Beijing, define la salud reproductiva por como la “capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia³⁰”.

Los derechos reproductivos de la mujer emanan de su dignidad e intimidad humana, y así se encuentran consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En particular sobre la materia, y en tanto derechos reproductivos propiamente tales o derechos sobre el propio cuerpo de la mujer, el artículo 16 de la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación Sobre la Mujer³¹ recoge el derecho de la mujer a decidir su maternidad, mientras que el derecho a fundar una familia se encuentra ampliamente recogido en la Declaración Universal, los pactos gemelos y en la Convención sobre la Mujer. Por su parte el derecho de las mujeres a estar libre de violencia y particularmente libre de violencia sexual se encuentra también recogido en el derecho internacional de los derechos humanos y ha sido objeto de especial interés por éste, en cuanto la violencia sexual pone en grave riesgo la vida y la salud de las mujeres, lo que comprende no sólo su salud física y psicológica, sino también su salud reproductiva³². De esta forma, y siendo coherentes con la normativa internacional, la libertad sexual comprende la libertad reproductiva de la mujer y su vulneración por la vía del embarazo a consecuencia del delito de violación constituye una grave repercusión del hecho típico, que si bien no es un requisito de la conducta, de producirse, se encuentra comprendida dentro del reproche penal, y así, comprendida dentro del ámbito de protección de los delitos previstos en los artículos 361 y 362 del Código Penal.

³⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Declaración, numeral 17, aprobada en la 16ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995.

³¹ Convención Sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación Sobre la Mujer, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de diciembre de 1989.

³² Sobre el particular: Informe de la Relatora Especial Radhika Coomaraswamy sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, en Enero de 1999.

4.- El embarazo producto de una violación como un daño: Máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados: ¿Alguna duda de las consecuencias de un embarazo infantil/ un embarazo no deseado?

No está en discusión que el embarazo es un hito relevante en la vida de toda mujer, que acarrea importantes modificaciones en términos corporales y vitales, emocionales y definitivos. En las niñas, generalmente ocurre en momentos en que éstas aún no han alcanzado su pleno desarrollo físico ni mental y se sostiene por los médicos especialistas que el embarazo en la adolescencia lleva a una serie de situaciones que pueden atentar contra la salud de la madre así como la del hijo. Publicaciones de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil, así lo demuestran. Se sostiene que el embarazo adolescente presenta un problema de salud pública, y estudios de recién nacidos de madres adolescentes demuestran que estos embarazos constituyen un factor que aumenta la morbi-mortalidad infantil, por las mayores tasas de parto prematuro y bajo peso al momento de nacer³³.

Según se sostiene en revistas especializadas, el embarazo de la adolescente, esto es de niñas que ya han tenido su menarquia, tiene importantes consecuencias sociales como la perpetuación de la pobreza, la deserción escolar, la estigmatización social, etc., y consecuencias médicas como la mayor morbi-mortalidad materno-perinatal de las madres adolescentes y de sus hijos³⁴.

Asimismo se sostiene que en los últimos años su número se ha incrementado como así también existe una mayor precocidad del inicio de la actividad sexual juvenil,

³³ MERINO Paulina, GONZALEZ Carolina, MOLINA Temístocles y MOLINA Ramiro. Bajo Peso de Nacimiento en Adolescentes Embarazadas. Chile 1995-2004. Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral del Adolescente CEMERA Facultad de Medicina, Universidad de Chile, [en línea] *Revista de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil de la Adolescencia*, 2009, volumen XVI, número 3
<http://www.cemera.cl/sogia/pdf/2009/SOGIA_3_2009_5.pdf> [consulta: 22 abril 2013].

³⁴ "DONOSO Enrique. El Embarazo adolescente: Un problema país. [en línea] *Revista chilena de Obstetricia y Ginecología*, 2008, volumen 73, número 5
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262008000500001 [consulta: 22 abril 2013]

todo lo cual lleva a considerar al embarazo infantil como un serio problema médico-social. Su prevalencia varía a nivel mundial y nacional, y dentro de los factores de riesgo que se describen como consecuencias de este embarazo precoz, se encuentran enfermedades como el retraso del crecimiento intrauterino, anemia, infección del tracto urinario, parto prematuro y complicaciones del parto. Además se describen consecuencias psicosociales para las madres menores de edad, tales como deserción escolar, familias disfuncionales y problemas económicos. La situación, ha obligado a crear diferentes programas de educación sexual con el objetivo de enfrentar el problema, sin que ellos demuestren una política pública definida sobre el tema, pues en algunos casos dichos programas se orientan a trabajar una sexualidad segura y en otros, los programas se basan más bien en métodos de abstinencia³⁵.

Las estrategias adoptadas por las autoridades sin embargo, no implican - a nuestro entender- una política definida frente a un problema social y de salud pública tremenda envergadura. Ilustrativo resulta en este sentido, artículo publicado en el diario la Tercera que refiere que el Ministerio de Salud de nuestro país se ha propuesto como meta reducir el embarazo adolescente, pero desde la perspectiva de reducir los números de un “segundo” embarazo, mediante visitas domiciliarias a las madres adolescentes primerizas, fortalecimiento de la labor parental, y la preparación de una encuesta para “identificar y diseñar” políticas más “acertivas”³⁶. Impresiona que se pretendan desarrollar medidas para evitar un segundo embarazo adolescente, en circunstancias que la maternidad como hecho relevante en la vida de dichas jóvenes ya constituye una experiencia cotidiana y permanentemente, con todas las consecuencias que ello implica. Del mismo modo, impresionan las estrategias que se pretenden, tales como visitas domiciliarias o más aún, planes “preventivos” en circunstancias que se trata de menores que ya han adquirido, por la fuerza de la experiencia, plenos conocimientos sobre la materia, careciendo de otras herramientas tales como: métodos anticonceptivos y de planificación familiar, acceso a sistema de

³⁵ LEON Paula, MINASSIAN Matías, BORGONÑO Rafael y BUSTAMANTE Francisco. Embarazo adolescente [en línea] *Revista Pediátrica Electrónica*, 2008, volumen 5, número 1, <http://www.revistapediatria.cl/vol5num1/pdf/5_EMBARAZO%20ADOLESCENTE.pdf> [consulta: 22 abril 2013]

³⁶ Madres de un segundo hijo antes de 19 años aumentan en un 15%, Según Minsal, Diario La Tercera, Santiago de Chile, Edición día Lunes 29 de Agosto de 2011.

guarderías que permitan la continuación de estudios de las madres adolescentes, efectivo acceso a la educación, a la vivienda, etc.

Resulta interesante que estrategias de gobiernos anteriores y que, por ejemplo, apuntan en una dirección clara en cuanto al libre ejercicio de los derechos reproductivos de las personas, tales como las contenidas en el documento: “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, -por el cual el Ministerio de Salud en la administración de la presidenta Michelle Bachelet, presentó una herramienta destinada a contribuir al ejercicio de la salud sexual y reproductiva de las personas, no hayan sido difundidos ampliamente, pues de esta forma, se pierde continuidad en las políticas públicas que se abocan a materias fundamentales para el pleno ejercicio de los derechos de las personas³⁷. Lo mismo respecto del mandato explícito que sobre los órganos de la administración del Estado impone el artículo 4 de la Ley 20.418 que fija normas sobre regulación de la fertilidad, en relación a la adopción de medidas que permitan el debido ejercicio de los derechos reproductivos de las personas³⁸.

Sin embargo todo lo anterior, resulta pertinente preguntarse si siempre el embarazo a consecuencia de una agresión sexual puede estimarse un mal causado con el delito. ¿Existe alguna hipótesis en que esta circunstancia no deba estimarse un embarazo forzado y por ende, pueda no constituir un mal?

Despejamos desde ya, con todo lo antes dicho en el presente trabajo, las hipótesis de embarazo forzado de menores de 14 años de edad. A su respecto, dado que carecen de libertad para autodeterminarse sexualmente, resulta imposible sostener que el embarazo pueda constituir un bien deseable para ellas³⁹. No sólo aquí por una cuestión moral, sino porque atenta contra el normal desarrollo de la personalidad que consagran respecto de los menores de edad, los tratados

³⁷ Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/795c63caff4ede9fe04001011f014bf2.pdf>, página revisada el 07 de Agosto de 2012.

³⁸ Ley 20.418, CHILE, Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el Diario Oficial el 28 de Enero de 2010.

³⁹ En tal sentido historia de la ley 19.927, revisada en el apartado 1.2. del presente trabajo.

internacionales vigentes en la materia. Si las menores de 14 años carecen de capacidad para autodeterminarse sexualmente y su personalidad se encuentra en desarrollo, no resulta posible el ejercicio autónomo de la maternidad. La maternidad es consecuencia de un ejercicio de libertad, del cual carecen en términos absolutos en estas materias, las menores de 14 años.

Respecto de las mujeres mayores de 14 años y menores de 18 años es posible sostener el mismo argumento, sobre la base de las convenciones internacionales vigentes en la materia, y sobre todo, en base a la Convención de los derechos del niño. Ello, claro está, en la medida que acordemos que la maternidad es un ejercicio de la libertad humana, una elección de mujeres que deviene de la dignidad y autonomía de la persona humana y no una imposición moral o social.

Es importante destacar que en nuestro país, esta última idea no constituye, de forma alguna, una cuestión pacífica. Hace tan sólo un par de meses, y a raíz de la discusión parlamentaria sobre el proyecto de ley de aborto terapéutico, la senadora designada Enna Von Baer, profirió la polémica frase de que la mujer “presta el cuerpo” a la vida que está por nacer, frase que causó revuelo en las redes sociales y que demuestra que la maternidad para la senadora no resulta una consecuencia del ejercicio libre de la sexualidad de las mujeres, sino una imposición en su cuerpo, y de forma alguna una decisión autónoma⁴⁰.

Lo anterior, constituye una muestra palmaria de las distintas concepciones que sobre la maternidad mantienen nuestros legisladores. No así todas las mujeres de este país. Al respecto, y aunque con mayores consecuencias para su vida personal que la frase proferida por la senadora, las palabras de la Jueza Karen Atala sobre la

⁴⁰ Las palabras de la senadora fueron: “la mujer, uno podría decirlo en fácil, le presta el hogar, por el tiempo del embarazo, a la vida que se está gestando ahí. Y creo que esa vida tenemos que respetarla siempre, y tenemos que respetarla desde el momento que existe,” añadió. Así según Von Baer, “no tiene derecho, desde mi punto de vista, una mujer que presta el cuerpo en el fondo, presta el hogar a esa vida que se va a desarrollar, a terminar con esa vida”....
<http://www.cooperativa.cl/ena-von-baer-y-la-polemica-por-prestar-el-cuerpo/prontus_notas/2012-03-14/213053.html> [consulta: 23 abril 2013]

maternidad, dan cuenta del abismo de diferencia que existe entre las diversas posturas: “Fui y soy madre por opción...”⁴¹

Como en el presente trabajo no participamos de los préstamos corporales, sino por el contrario, creemos que la maternidad constituye una expresión del ejercicio de la libertad sexual de la mujer, concretamente, el ejercicio de la autodeterminación reproductiva, postulamos que dentro de las consecuencias dañosas que resultan al doblegar la voluntad sexual de la mujer, el acceso carnal vía vaginal incluye la posibilidad de embarazo, y resulta que esto último, se convierte en la expresión más grave del delito de violación, en tanto vulnera su derecho personalísimo a elegir la maternidad y la obliga a asumir una relación que cambiará su vida de ahora en adelante.

5.- Embarazo como resultado de una violación: creación de un riesgo desaprobado.

Para sostener que el embarazo como consecuencia de una violación debe ser considerado como fundamento de mayor punición, sin vulnerar la Teoría de la imputación objetiva, resulta necesario demostrar que la conducta del autor creó un riesgo jurídicamente relevante que no se encuentra permitido y que con ello ha lesionado típicamente el bien jurídico protegido por el delito de violación impropia.

Ahora bien, como el delito que nos ocupa es un delito de mera actividad, en que el resultado típico consiste en el acceso carnal contra o sin la voluntad de la víctima, vulnerando así la libertad o la indemnidad sexual según sea el caso; el resultado típico se concreta al momento de producirse el acceso carnal en las condiciones descritas por el tipo. El resultado típico se realiza con la penetración carnal que violenta la

⁴¹ Declaración pública de Karen Atala Riffo a los medios de comunicación, una vez conocido el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado chileno por privarla de la tuición de sus hijas arguyendo para ello su orientación sexual <<http://www.libertadespublicas.org/?cat=5&paged=3>> [consulta: 23 abril 2013]

libertad sexual del sujeto pasivo en cuanto éste sea adulto, o el libre desarrollo de su personalidad y autodeterminación sexual, en cuanto sea menor de edad⁴².

Hemos dicho que el bien jurídico protegido consiste en la libertad o la indemnidad sexual en atención a la edad del sujeto pasivo, y que la conducta prohibida por el artículo 362 del Código Penal atenta contra el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación sexual, para el caso de las mujeres que ya se encuentran físicamente en posibilidad de embarazarse, es decir mujeres fértiles. Del mismo modo sostenemos que la autodeterminación sexual implica la autodeterminación de la maternidad, en tanto ejercicio de libertad, sexual.

La libertad sexual, en el caso de las mujeres mayores de 14 años de edad, implica no sólo la capacidad de consentir en mantener relaciones sexuales sino además en la capacidad de decidir cuándo y con quien embarazarse, ejerciendo la maternidad, con todo lo que ello implica. La forma más intensa de ataque a la libertad sexual de las mujeres es el embarazo forzado, pues niega de forma permanente el libre ejercicio de la maternidad, que constituye la más definitiva consecuencia del ejercicio de la libertad sexual de la mujer.

Respecto de las menores de 14 años fértiles -lo que se produce a partir de su primera menarquia- el embarazo forzado constituye la vulneración más intensa a su indemnidad sexual, en el entendido que dicho bien jurídico es un estado de bienestar que se relaciona con la forma en que cada persona asume su vida sexual, su integridad personal, intimidad y dignidad humana⁴³. Resulta innegable que la imposición de un embarazo niega la dignidad humana; pues dicho evento marcará de forma definitiva la personalidad y la vida de toda mujer y que obligar a una mujer a ser madre a temprana edad, merma sus posibilidades de desarrollo físico y espiritual, de forma definitiva. El embarazo en el caso de víctimas de violaciones impropias, constituye así también la forma más intensa de vulneración del bien jurídico protegido por la norma.

⁴² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, 8° Edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2009, p. 255 y ss.

⁴³ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, op.cit., p. 128.

Si el sujeto activo realiza la acción típica prohibida por el delito de violación y consecuentemente produce el embarazo de la víctima, su conducta no sólo realiza el resultado típico sino que además, violenta de la forma más intensa posible el bien jurídico protegido por la norma, mediante repercusiones extratípicas que pueden ser objetivamente imputables al comportamiento típico del autor⁴⁴.

Ahora, ¿es posible imputarle dicha consecuencia al autor, como fundamento de mayor punición? Dada la penalidad que contempla el delito de violación impropia, luego del juego de las modificatorias concurrentes al caso particular, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código, ¿procede imponer una pena más alta en atención a la circunstancia del embarazo, el cual constituye el ataque más intenso al bien jurídico protegido por la norma?

Si se realiza el acceso carnal vía vaginal de una mujer sin o contra su voluntad; y ésta resulta embarazada a consecuencia de dicha acción, la conducta del autor realiza la más intensa lesión al bien jurídico protegido. Se trata de una lesión que no se encuentra permitida y es una de las consecuencias que la norma ha querido evitar, como hemos revisado ya, pudiendo considerarla un riesgo adicional de la conducta, creado por el autor.

Sin embargo, dicha consecuencia, ¿fue previsible para el autor?. Pensemos en el sujeto que no pudo conocer que su víctima era fértil. Es indudable que si el autor no se encuentra en condiciones de prever que con el acceso carnal que comete puede embarazar a su víctima, no puede imputárselo como circunstancia fundante de mayor punición. Nos encontraríamos ante un resultado adicional que el autor no ha podido conocer. Lo mismo si el autor se cree incapaz de fecundar a su víctima, por impotencia generandi. En ambos casos, de producirse el embarazo, éste constituiría una

⁴⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Lozón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Error de Tipo, Conocimiento y desconocimiento de circunstancias de hecho, Madrid España, Editorial Thomson Civitas, 1997 p. 458 y ss.

consecuencia adicional del riesgo cometido, que si bien fue creado por el autor, lo ha sido manteniendo un error sobre dicha circunstancia, de forma que él no ha podido incluirla dentro de la representación que se realiza al cometer el delito. Así, incurriría en un error de tipo respecto de dicha circunstancia que impediría considerar el embarazo para agravar su penalidad.

Del mismo modo, si el autor controla las consecuencias adicionales del riesgo que crea con su conducta, utilizando por ejemplo algún método de anticoncepción, será imposible considerar el embarazo como circunstancia fundante de mayor reproche penal, por cuanto él no ha creado dicho riesgo adicional⁴⁵.

Sin embargo, no es posible sostener que en los casos del presente trabajo nos encontremos frente a una conducta que aminora el riesgo o peligro ya existente para la víctima, mejorando su situación; ni tampoco de la incitación a una actividad jurídicamente irrelevante, ni tampoco que se trate de un riesgo permitido pues los embarazos infantiles no son situaciones de modo alguno deseables. Por el contrario se trata de una consecuencia del acceso carnal cometido y por ende de la realización precisamente del peligro creado por el autor y cubierto por el ámbito de protección de la norma⁴⁶

Es más, y como veremos en los sentencias revisadas, en esta tesis sostenemos que los delitos de violación en los casos de menores de edad, en nuestro país, se cometen mayoritariamente por sujetos que se encuentran en condiciones de prever que sus víctimas correrán el riesgo de embarazarse pues se cometen respecto de niñas y mujeres conocidas, de forma reiterada en el tiempo, período en el que han visto cómo se desarrollan sus cuerpos y cómo éstas se han convertido en mujeres fértiles. Además sostenemos que los autores de estos delitos, no controlan de ninguna forma las consecuencias adicionales del riesgo que crean con su conducta al acceder carnalmente a sus víctimas, pues no se proveen de método anticonceptivo alguno ni se preocupan que sus víctimas accedan a él, demostrando así que el

⁴⁵ ROXIN, Claus, op.cit. p. 361 y ss.

⁴⁶ ROXIN, Claus, Ibíd., p. 377.

embarazo resulta una consecuencia que a lo menos aceptan para el caso de producirse.

6.- La extensión del mal causado: Análisis del artículo 69 del Código Penal.

Si bien es cierto nuestra doctrina reclama acerca de la falta de fundamentación que los tribunales realizan respecto de la aplicación imperativa de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal; y por lo mismo sería esperable un profundo debate sobre el articulado, es necesario señalar que no hay mayor desarrollo sobre la forma en que la regla del artículo ya citado ha de operar al momento de la determinación judicial de la pena. Esta falta, que comparten la judicatura y la doctrina, constituye una constante en los fallos de la región, y del país, y nos lleva a sostener que en la materia no existe argumentación que permita reproducir el razonamiento judicial en la materia, vulnerando los fines que se pretenden con la imposición de la pena; careciendo las sentencias de un requisito fundamental en un Estado democrático de derecho y contribuyendo la doctrina a la deslegitimación del sistema de justicia penal⁴⁷.

Así, Etcheberry⁴⁸ se refiere al artículo 69 al señalar las reglas que deberá seguir el juez, para determinar la pena que en definitiva se impondrá al culpable. Sostiene que, tratándose de una pena de grados, dentro de los límites de un grado el tribunal atenderá en primer lugar al número y entidad de atenuantes y agravantes, las cuales considerará el juez nuevamente, a fin de ponderar dentro del grado escogido. El juez deberá atender igualmente a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, que es en primer término, la ofensa misma al bien jurídico protegido, luego comprende las demás consecuencias perjudiciales del hecho que sean un efecto directo de éste y finalmente también el daño que causa la alarma del delito. Me parece

⁴⁷ Como ejemplo de lo anterior, sentencia condenatoria RUC 1000485485-9 RIT 30-2011, obtenida por la Fiscalía Local de Maullín durante el año 2011, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt. En ella, el tribunal argumenta brevemente sobre las razones que lo llevan a la determinación de la pena exacta, en circunstancias que lo discutido en el contradictorio, apuntó precisamente a la extensión del mal causado con el delito.

⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3º Edición, 1997, p. 190 y 191.

importante destacar que el profesor encuadra la determinación a que alude el artículo, dentro del marco de un grado, “el” grado escogido, debiendo aplicarse el artículo 69 para la determinación de la pena precisa dentro de un único grado. No se refiere al profesor a la posibilidad de aplicar las circunstancias previstas en el artículo 69 en aquellos casos en que el Juez se encuentra facultado para recorrer toda la extensión de la pena, por el juego de las circunstancias modificatorias; como podría resultar en los casos de violación previstos en el artículo 361 o 362 del Código Penal.

En el mismo sentido, el profesor Mario Garrido Montt se refiere al mal causado por el delito, como norma de regulación de pena, dentro del grado ya predeterminado, momento en el cual el tribunal debe valorar además del número y la entidad de las modificatorias, la gravedad del mal, para lo cual deberá tener en vista la entidad de la lesión o peligro del bien jurídico protegido y a continuación los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito⁴⁹. El profesor Enrique Cury en igual sentido, se refiere al artículo a fin de determinar la cuantía exacta del castigo, atendiendo a las circunstancias modificatorias, las cuales deberá el juez considerar por segunda vez, ahora de forma global. Respecto de la extensión del mal causado, señala que el mismo cubre la lesión o peligro externo del hecho punible, cuando el mismo admite graduación, y también las otras consecuencias dañosas causadas directamente por la conducta sancionada aunque no formen parte del tipo penal⁵⁰.

Por su parte, los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez⁵¹, sostienen que la regla del artículo 69 actúa con la única limitante de las penas de multas, pues entraría en aplicación una vez determinado un grado divisible de penalidad o varios grados si no concurren circunstancias modificatorias. Señalan que la norma proporciona dos criterios para determinar la cuantía exacta de la pena a aplicar: la primera dice relación con el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la segunda con la mayor o menor extensión del mal

⁴⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica, Julio 2007, Segunda edición, p. 338 y ss.

⁵⁰ CURY URZUA, Enrique. Derecho Penal Parte General, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica, 2ª edición actualizada, 1992, p.395.

⁵¹ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op.cit., p. 323 y ss.

producido por el delito. En este punto se comprenden tanto la extensión del mal asociado a los resultados típicos graduables y la extensión del mal que se causa directamente con el delito pero que no se encuentra descrito en el tipo legal, -hipótesis que operaría en los casos que se han planteado en el presente trabajo, dado que el embarazo a raíz de una violación vaginal, deriva directamente del acceso carnal a una mujer vía vaginal, pero no se encuentra descrito en el tipo legal-. Es posible sostener además, que este resultado resulta previsible para el autor del delito, que constituye la más grave ofensa contra el bien jurídico protegido por el tipo penal, que resulta un elemento considerado por el legislador no sólo para fundar la alta penalidad sino también los diversos grados con los cuales se castiga su comisión.

7.- La evaluación de la extensión del mal causado: ¿cómo se mide?

Si bien la doctrina no se detiene mayormente en el punto, es posible construir ciertas reglas de evaluación sobre las ideas de los profesores que ya se han enunciado.

Sostenemos que la extensión del mal causado se refiere al resultado o lesión provocada por el injusto, es decir la forma o medida en que se vulnera el bien jurídico protegido.

El punto anterior reviste fundamental importancia al momento de la determinación judicial de la pena, en especial teniendo en consideración que luego del juego de las circunstancias modificatorias, cuya regulación ha sido determinada por el legislador, el margen del juez para fijar la pena exacta en cada caso en particular se construye, básicamente, sobre el concepto de “mal producido por el delito”.

El profesor Alex Van Weezel, en artículo sobre la determinación de la pena exacta⁵², señala que la norma del artículo 69 del Código Penal, se ha conservado

⁵² VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal [en línea] *Ius et Praxis*, 2001, volumen 7, número 2, <

intacta en su redacción hasta los días de hoy y que sólo pierde total vigencia tratándose de multas, pronunciándose sobre la posibilidad de su aplicación tanto en casos de un solo grado de una pena divisible como también varios grados si no concurren circunstancias modificatorias. Sostiene que la regla contiene dos criterios para la cuantificación de la pena exacta: el primero atiende al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, y el segundo a la mayor o menor extensión del mal producido con el delito; que cubre los resultados típicos no establecidos por sí en el tipo, y las repercusiones extratípicas del delito, que sean objetivamente imputables al comportamiento típico. Para lo anterior propone la utilización de la Teoría de la Imputación Objetiva. Sostiene que los criterios que contempla la norma deben utilizarse para la determinación de la cuantía exacta con fines preventivos, lo cual resulta necesario para la legitimidad de la sanción penal, y porque permite resolver problemas prácticos que describe. Agrega que resulta fundamental la argumentación de los jueces al momento de justificar la aplicación del artículo en referencia, desde el ángulo de la prevención, pues lo contrario sus criterios devienen en vulneración del principio del non bis in idem, y asimismo, ello permite la revisión de las sentencias por la vía procesal pertinente⁵³.

Sin embargo, cabe aún preguntarse, ¿qué relación debe existir entre la extensión del mal causado y la determinación judicial de la pena?

8.- La respuesta del derecho comparado:

Es necesario señalar que en el derecho comparado la situación particular que motiva este trabajo tiene como posible solución además para la víctima, la posibilidad de aborto. La experiencia de la mayor parte de los países del mundo, dan cuenta de la gravedad del injusto cometido en contra de las víctimas, que ha justificado recomendaciones para países como México o Perú, por parte de los organismos

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017> [consulta: 23 abril 2013].

⁵³ En este último punto, todos: MATUS, ETCHEBERRY, VAN WEEZEL.

competentes del derecho internacional de los derechos humanos⁵⁴. En nuestro país, y lejos de ello, la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer, independiente del motivo o consideración al cual obedezca, constituye delito, desde el año 1989, en que la Junta Militar derogó el artículo correspondiente del Código Sanitario en virtud de la ley 18.826⁵⁵. Chile es uno de los 4 países en todo el mundo en que el aborto está prohibido en toda circunstancia, junto con Nicaragua, El Salvador y Malta⁵⁶. Pero más allá de lo anterior, y frente a la imposibilidad de abortar en el caso de un embarazo a consecuencia de una violación, sostenemos que el daño gravoso producido por el delito, no es considerado ni aún para efectos de agravar la pena por parte de nuestros tribunales, y tampoco contribuye a ello la doctrina, haciendo poco trabajo para recalcar la relevancia de lo dispuesto en el artículo 69 en cuanto constituye la norma de determinación judicial de la pena exacta. Es importante destacar que, según estudios de la defensoría penal pública, un alto número de las condenadas por aborto, representadas por abogados de dicha institución entre los años 2003 y 2009, corresponde a mujeres que se encontraban embarazadas producto de una relación sexual no consentida: violación o estupro⁵⁷, lo cual demuestra la gravedad del problema que enfrentamos. A lo anterior es necesario agregar que encuestas demuestran que la ciudadanía mantiene una favorable aceptación frente a la posibilidad de aborto en caso de embarazo a consecuencia de una violación: un 57% se declara a favor, mientras que, y frente a la pregunta de si tuviera una hija adolescente que hubiere sido violada y quedara embarazada, el número se eleva a un 58% de los encuestados⁵⁸.

⁵⁴ En el caso de México; Caso de Paulina Ramírez Contra México, CIDH. En el caso de Perú Caso de Karen Llantoy contra Perú, Comité Derechos Humanos ONU.

⁵⁵ Al respecto, BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, [en línea] Revista Derecho y Humanidades, octubre 2004, N° 10 < <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17023/17746>>, [consulta: 23 abril 2013].

⁵⁶ Revista Paula, Aborto un tema a debatir, edición 068, de Febrero 2011, Dossier de 14 páginas para enriquecer la discusión, Contexto Mundial, Legislación sobre el aborto.

⁵⁷ CASTELLI, Claudia, Aborto e Infanticidio, como sostener una adecuada defensa, [en línea] Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 09 abril 2010, < <http://www.dpp.cl/resources/upload/d94a57f340a1eb8245508ee628145667.pdf>> [consulta: 23 abril 2013]

⁵⁸ Revista Paula, dossier ya citado, La opinión de los chilenos.

a.- La solución legal: Experiencia de otros países: causal exculpante de aborto: el derecho al aborto.

Como hemos expuesto, Chile constituye uno de los pocos países en el mundo en que el aborto se encuentra sancionado como delito, a todo evento. En la mayor parte del mundo, existen causales que permiten la interrupción del embarazo, en determinadas circunstancias, constituyendo el caso de violación un ejemplo paradigmático de autorización del aborto de la mujer. La legislación comparada se hace cargo de las recomendaciones de organismos de Derechos Humanos y en especial se reconoce explícitamente la autodeterminación reproductiva de las mujeres, como derecho fundamental vinculado al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, derecho que garantiza la integridad física y moral, y la intimidad personal y familiar. Al respecto resulta especialmente ilustrativa la exposición de motivos del proyecto de ley orgánica de salud sexual y reproductiva de España⁵⁹, país que destaca pues, con una ley vigente por 25 años, que despenalizaba el aborto en ciertos casos, - por cierto como el que nos ocupa-; en actualidad y ya vigente la nueva ley de salud sexual y derechos reproductivos, permite la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema centrado en la voluntad de la mujer, reconociendo así su derecho a la libre disposición de su cuerpo.

De esta forma y en términos generales, en España se garantiza en la actualidad la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer dentro de un plazo determinado de 14 semanas de gestación y excepcionalmente se autoriza la interrupción del embarazo por causas médicas, en casos de grave riesgo para la madre o anomalías del feto siempre dentro de un plazo de 22 semanas de gestación o en caso que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida.

b.- La intervención de los organismos internacionales de Derechos Humanos:

b.1.- Caso de Paulina Ramírez en contra del Estado Mexicano, CIDH.

⁵⁹ Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo, ESPAÑA, Exposición de motivos, página 1 y siguientes.

El caso de la ciudadana Paulina Ramírez se dio a conocer por medio de la prensa, cuando se publicó la nota periodística que dio cuenta que el Director del Hospital General de Mexicali, Estado de Baja California, México, se negó a practicar el aborto de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, menor de 13 años, quien resultó embarazada a raíz de la comisión de un delito de robo con violación. Dada la normativa vigente en México, el Ministerio Público de dicho país, ofició al servicio de salud, a fin que, a requerimiento de la ofendida y su madre, se le practicara un aborto legal. Pese a lo anterior, el director del Hospital cuestionó la orden y, mediante la entrega de información “fatalista” convenció a la madre y a Paulina de desistirse de la práctica. Se denunció el caso ante la Procuraduría de Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California por la violación de los derechos humanos de Paulina, denuncia calificada bajo el concepto de “Violación del Derecho de los Menores a que se proteja su Integridad, Tortura, Insuficiente Protección a Personas, Ejercicio Indebido de la Función Pública, Violación al Derecho a la Privacidad y Revelación Ilegal de Información⁶⁰”. La procuraduría realizó una serie de recomendaciones al Estado de Baja California, las cuales no fueron aceptadas por el mismo. El caso de Paulina es emblemático en la materia que nos ocupa. Su violador fue condenado luego de un largo proceso judicial a la pena de 14 años, sin embargo, quienes le negaron su derecho al aborto, no fueron nunca sancionados. El caso de Paulina fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en marzo del 2002⁶¹. El caso terminó con una solución amistosa, en marzo de 2007⁶².

b.2.- Un caso similar es conocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Dictamen Comunicación N° 1608/2007⁶³, caso presentado en

⁶⁰ GIRE Grupo de Información en reproducción Elegida. Paulina en el nombre de la ley. [en línea] *Temas para el debate*, 2000, < <http://www.gire.org.mx/publica/paulina.pdf> > [consulta: 23 abril 2013].

⁶¹ GIRE Grupo de Información en reproducción Elegida. Paulina, 5 años después, [en línea] *Temas para el debate*, 2004, <http://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/bo_paulina5years_sp.pdf> [consulta: 23 abril 2013]

⁶² Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, [en línea] Informe N° 21/07, Petición 161-02, 9 de marzo de 2007, <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>> [consulta: 23 abril 2013]

⁶³ Comunicación N| 1608/2007, Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

favor de L.M.R., -mujer argentina víctima de violación y discapacitada quien resultó embarazada a consecuencia del delito-, por negativa de las autoridades médicas y judiciales a autorizar un aborto, estimando con ello vulneración a los artículos 2, 3, 7, 17 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los hechos expuestos por la autora dan cuenta de la concurrencia de la recurrente ante un Hospital del Servicio Público argentino a fin de practicarse un aborto no punible, dada la condición de discapacidad mental de la víctima de violación. Pese a que la situación se encuentra reglada en el artículo 86 inciso 2 del Código Penal de dicho país, como un caso de aborto no punible que no requiere para su práctica autorización judicial alguna; las autoridades judiciales impidieron la realización del aborto. Dicha decisión en definitiva fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que determinó que el aborto debía realizarse, comunicando al Hospital en cuestión que debía realizarlo, que se trataba de un aborto legal y no requería autorización judicial. Se denunció por la madre de la víctima que, a pesar de mantener un recurso legal para decidir sobre sus derechos reproductivos, ésta no pudo acceder al aborto legal. El Comité de Derechos Humanos consideró que el Estado Argentino causó un sufrimiento físico y moral a la recurrente vulnerando así lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto; asimismo, que los hechos constituyeron una injerencia arbitraria en la vida privada de la recurrente, vulnerando así el Estado argentino lo dispuesto en el artículo 17 párrafo 1 del Pacto, y también los derechos contemplados en los artículos 2 y 3, estimando que debe repararse a la recurrente y adoptar medidas a fin de evitar que se comenten violaciones semejantes en el futuro.

Los casos antes enunciados, dan cuenta de la gravedad del asunto que enfrentamos. En la mayor parte del mundo casos como los que nos ocupan califican como hipótesis de abortos no punibles que, dada la circunstancia de la violación, faculta la interrupción del embarazo. Ello, pues el embarazo debe ser voluntario, reconociendo que la maternidad es una expresión de la libre determinación sexual de las mujeres, quienes mantienen derecho a decidir sobre su propio cuerpo,

- 101º período de sesiones - [en línea] Comité de Derechos Humanos. 28 abril 2011
<<http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/CCPR-C-101-D-1608-2007-Spanish.pdf>>
[consulta: 23 abril 2013]

manifestación del libre desarrollo de su personalidad y de su propia dignidad⁶⁴. Sin embargo lo anterior, nuestro país se encuentra lejos de dichas consideraciones, manteniéndose en la actualidad una figura delictiva que sanciona el aborto a todo evento. Pese a ello, estimamos que los avances del derecho internacional y de las legislaciones contienen imperativos que dan cuenta de la gravedad del daño que se infringe a las víctimas de violación, tanto que justifican una causal exculpante de responsabilidad para el aborto, en atención a que lo contrario implica exigir una conducta heroica a la cual ninguna víctima está obligada⁶⁵. Postulamos que en nuestro país, el daño producido por el delito se aumenta no sólo no permitiendo un aborto consentido sino que asimismo se aumenta al no considerar esta circunstancia, al momento de sancionar la conducta cometida por el autor material del delito, quien por la fuerza, ha impuesto la maternidad a su víctima.

⁶⁴ CEDAW, Convención sobre Eliminación de Toda forma de discriminación contra la mujer, artículo 16.

⁶⁵ La víctima no sólo vivirá un daño físico o psicológico producido por el acceso carnal cometido contra su voluntad, sino además vivirá de por vida viendo crecer a un hijo fruto de dicha violación, quien día a día le recordará el delito sufrido.

Capítulo II: Individualización de la sanción penal

2.1 La determinación judicial de la pena

¿Es posible construir en nuestra legislación una teoría de la determinación judicial de la pena? Dicho lo anterior, cabe preguntarse si es posible sostener que las consecuencias dañosas para la víctima puedan fundar, en una teoría de determinación judicial de la pena, una intensidad mayor de la misma para el ejecutor del delito?

A la primera pregunta, no dudo en la respuesta. Si bien es cierto nuestra doctrina se encuentra lejos del desarrollo que el tema tiene en el derecho comparado, profesores citados en este trabajo dan cuenta de esfuerzos encaminados a ello⁶⁶.

Respecto de la segunda de las interrogantes, intentaré demostrar que ello resulta pertinente. El primer argumento para ello dice relación con la intensidad de vulneración al bien jurídico protegido por la norma. En el caso que nos ocupa, el embarazo a consecuencia de la violación -estimo que ello es indudable- constituye la más dramática forma de alteración de la vida futura de la víctima. (Luego de su muerte, claro está).

Ahora bien, si la pena debe graduarse con fines determinados, ¿Cuál es la relación del artículo 69 del Código Penal en dicha graduación? Dicho de otra forma, ¿es que el legislador pretende, por la vía del artículo 69, la construcción de una teoría de la determinación de la pena que relacione en su justa medida culpabilidad con consecuencias dañosas, o que dichas consecuencias se deben tener en cuenta para los fines preventivos de la pena?

Pareciera que la respuesta, si bien positiva, no ha sido abordada aún por nuestra doctrina, ya que las normas sobre determinación de pena no han sido desarrolladas en profundidad por la doctrina nacional, y nos encontramos lejos del desarrollo de una teoría de la determinación de la pena.

⁶⁶ MATUS y RAMIREZ, op.cit. En el mismo sentido, VAN WEEZEL, op.cit en nota 35, p. 30.

2.2.- Doctrina nacional

Sostiene el profesor Van Weezel que: “determinar la pena significa establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor⁶⁷”.

Así la determinación judicial a que nos referimos, se entiende como la fijación del quantum de la pena aplicable, que se realiza dentro de un determinado marco legal, en la cual existe un importante marco de discrecionalidad pero que debe estar jurídicamente vinculada con normas y principios. Dentro de ellos destacan: el principio de juridicidad, de igualdad ante la ley, de apertura a los fines de la pena y de prohibición de doble valoración. De esta forma, construye el profesor una teoría de determinación judicial de la pena, en la cual y por aplicación de los principios antes enunciados, el juez debe estarse a los marcos legales que han sido fijados en base a la dañosidad social abstracta de la conducta y que se rige por parámetros político criminales, para fijar la pena concreta dentro de dicho margen en base a la singularidad del caso concreto y a la persona del delincuente⁶⁸. En otras palabras sostiene que la determinación del grado de pena aplicable debe hacerse en base a la medida de la culpabilidad, mientras que la individualización debe hacerla el juez en base a lo dispuesto en el artículo 69 Código Penal, el cual debe interpretarse en base a criterios preventivos que el juez debe hacer operativos.

En nuestro sistema, la individualización de la pena se encuentra regulada en los artículos 66 y siguientes del Código Penal, normas que entregan una serie de herramientas y que deben analizarse desde las premisas de la proporcionalidad entre delito y pena. En este sentido, sostiene Van Weezel que la prevención en un Estado de Derecho debe hallarse siempre limitada por el principio de la culpabilidad por el hecho, de forma que al ejercer las facultades que la ley le ha otorgado al juez a fin de determinar la pena exacta, su tarea, si bien discrecional, debe limitarse a un principio

⁶⁷ VAN WEEZEL Alex, Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena, *Revista Chilena de Derecho*, 24 (23): 459-502, 1997.

⁶⁸ VAN WEEZEL Alex, *Ibíd.* p 466.

fundamental cual es la adecuada proporción entre la magnitud del delito y la magnitud de la pena que habrá de imponer. Esta magnitud, -que dice relación con la significación del delito-, ha de comprender tanto la gravedad del hecho en sí, como la intensidad del reproche que puede dirigirse a su autor, y corresponde, señala el profesor, a los elementos en los cuales se funda el sistema chileno para graduar la pena.

Así, señala que la magnitud del injusto comprende tanto el desvalor del resultado que considera la entidad del daño producido, o su puesta en peligro según el caso; el modo de ejecución del delito, es decir la brutalidad del autor o la ignominia que acompaña al delito; y también el desvalor de acción que comprende la persistencia de la voluntad empleada, el haber querido el resultado, el sólo haberlo aceptado para el caso que ocurriera o la confianza imprudente en la evitación del resultado. Por su parte, la intensidad del reproche que puede dirigirse al autor, esto es el grado de culpabilidad, se remite a los motivos del agente, análisis que debe hacerse en el caso concreto, al hecho en particular por el cual se sanciona al autor⁶⁹.

Los conceptos hasta aquí vertidos por el autor son de fundamental relevancia para la tesis que se postula. Los casos que se analizarán –y por cierto todos los estudios y estadísticas que fundaron las modificaciones legales a nuestro actual sistema de delitos sexuales, como se revisó anteriormente-, demuestran que los mismos se producen por largo tiempo al interior de las familias o entre cercanos y conocidos, con una considerable reiteración en el tiempo. El mismo elemento de reiteración se puede apreciar en la mayoría de los casos que se analizarán más adelante. Frente a ellos, cabe preguntarse si el tercero observador, llamado a sancionarlos, ha tomado en consideración dichos elementos al momento de determinar las penas aplicables. Los elementos de desvalor de resultado, tales como el daño producido en estos casos, el modo de ejecución del autor en especial en aquellos casos en que el embarazo es el resultado de uno de tantos ataques sexuales que se han producido durante los años de crecimiento de las víctimas, en las cuales el desarrollo del aparato reproductor es evidente para sus agresores; la persistencia del

⁶⁹ VAN WEEZEL Alex, *Ibíd.* p 476.

autor en el delito que ha cometido, ¿no son elementos evidentes? Sin embargo, ¿han sido incorporados al contradictorio por el persecutor? y por su parte, ¿han sido evaluados por el juzgador?

2.3.- Doctrina extranjera

En el caso alemán, la respuesta se encuentra en el artículo 46 StGB, en cuanto establece los principios de medición de la pena. El punto es materia de interesantes artículos por parte de la doctrina y en especial destacan los artículos publicados por la doctora Tatjana Hörnle, quien sostiene que si bien el punto de partida legal para la medición de la pena remite a la culpabilidad al tenor de la norma citada, el análisis de los factores concretos de valoración en que se descompone esa afirmación no es claro⁷⁰. Se argumenta en el prólogo de su libro, por el profesor Bernd Schünemann, que la pregunta sobre la determinación de la pena resulta del todo relevante, en tanto que el porcentaje de absoluciones en Alemania se encuentra por debajo del 4%. De esta forma, y dados los altos índices de condenas, es pertinente postular que la principal pregunta del acusado diga relación con el quantum de pena que se le aplicará. Sin embargo lo anterior, la materia constituye también en dicho país un área en que domina la discrecionalidad judicial, lo cual sostenemos, atenta contra los fines de la pena, y que en Alemania ha llevado se postula, a que los tribunales sobrevaloren la impresión que les causa el hecho, atentando así contra el derecho a defensa ya que quienes reconozcan el hecho o demuestren arrepentimiento, tendrían mejores posibilidades de obtener una de pena más baja.

Plantea la autora la necesidad de una teoría de la determinación judicial de la pena orientada a la proporcionalidad del hecho, que desarrolle criterios que apunten a la gravedad del hecho, considerando para ello la perspectiva de la víctima.

⁷⁰ HÖRNLE Tatjana, Determinación de la pena y Culpabilidad, Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Buenos Aires Argentina, Editorial FD, Agosto 2003, p 41 y ss.

En su análisis, la profesora Hörnle⁷¹ sostiene que el punto de partida para la determinación judicial de la pena, al tenor de artículo 46 StGB, se remite a la culpabilidad, de forma que resulta pertinente resaltar como primer elemento de medición, la valoración retrospectiva del hecho como fundamento de la individualización. Pero para lo anterior debe entenderse que, para la determinación de la pena, el concepto de culpabilidad debe orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor. En este sentido desarrolla, en el tercer artículo del libro citado, el papel de la perspectiva de la víctima en la determinación de la pena, sobre la base de consideraciones normativas, que otorguen un estándar objetivo de cómo una persona razonable habría reaccionado frente al delito, para evaluar la gravedad del delito⁷².

Lo anterior, en atención a que sostiene: “si la sanción no es proporcional con la severidad del delito, la característica de la culpa se distorsiona”⁷³. Para lo anterior, se pregunta respecto de la graduación de los delitos, y de qué perspectiva resulta ser la relevante para lo anterior, si el impacto del delito sobre los intereses de la víctima o si debe atenderse al impacto sobre los intereses de una entidad colectiva. Luego de criticar aquellas posturas que atienden a los intereses colectivos, por ser un concepto vago e impreciso, la profesora analiza la sentencia como un acto de comunicación o de expresión de reproche. Se detiene en el autor del delito como receptor del mensaje de censura que emite el juez en su sentencia y sostiene que, si bien resulta indudable que el receptor es el justiciable, llama la atención sobre el otro receptor del mismo, que es la víctima. Lo anterior por cuanto el reproche que expresa la sentencia constituye la desaprobación formal, del Estado, sobre el hecho cometido, reconociendo así la sentencia un hecho fundamental y es el que la víctima fue agraviada por un delito, y que el hecho cometido no se encuentra ni permitido ni justificado. Sostiene la autora que: “el receptor con mayor interés en la declaración de responsabilidad es la persona afectada mediante el delito”⁷⁴. Por lo anterior, concluye que la perspectiva de la víctima es preferible a la de los intereses colectivos al momento de sentenciar, ya que

⁷¹ HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, p 41 y ss.

⁷² HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, p 81 y ss.

⁷³ HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, p 83.

⁷⁴ HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, p. 88.

cuánta responsabilidad debe atribuirse al justiciable, implica confirmar cual es la extensión en la cual ha sido dañada la víctima, o en palabras de la profesora: "...cual es la esfera en que la víctima ha sido dañada⁷⁵". Al respecto se sostiene que la diversidad de los individuos y de sus intereses conllevan una diversidad de daños, ante lo cual ella sigue una categorización de los daños elaborada por Von Hirsch y Nils Jareborg, quienes los estratifican a partir de la noción de nivel de vida. Así, la gravedad del delito depende del impacto del mismo sobre las condiciones esenciales para la calidad de vida de la víctima. Los autores distinguen cuatro niveles de calidad de vida para entrelazarlo con el daño más grave: el primer nivel afecta la mera subsistencia, luego aquel que afecta el bienestar mínimo, luego el que afecta el bienestar adecuado y finalmente el daño que afecta el bienestar intensificado. De esta forma y para la tesis que se postula en este trabajo, resulta indudable que el daño permanente causado por el embarazo de la víctima a consecuencia de una violación forzada, constituye un daño gravísimo que ataca su libertad sexual, interés sumamente relevante para nuestro ordenamiento dada la cantidad de delitos y el quantum de pena que los mismos tienen asignados en nuestra legislación, y asimismo afecta intereses no materiales que influyen sustancialmente en la calidad de vida de la víctima, en cuanto atacan su privacidad y su derecho a no ser humillada.

Esta idea de bienestar, necesariamente debe ser relacionada con lo que nuestra doctrina entiende por indemnidad sexual, y en especial con lo que postula el profesor Rodríguez Collao, en cuanto a que alude a un estado de bienestar que se relaciona con la forma en que cada persona asume su vida sexual y el ejercicio de las consecuencias que de ella derivan⁷⁶.

La doctrina española, por su parte, y concretamente el profesor Jesús María Silva Sánchez sostiene que la determinación judicial de la pena se ha compuesto por un lado del contenido delictivo del hecho junto con consideraciones político criminales

⁷⁵ HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, p. 91.

⁷⁶ RODRIGUEZ Collao Luis, *op.cit.* p 125 y ss.

que atienden al hecho y a la persona del autor⁷⁷. Que esta forma de ver el problema, ha llevado a que los jueces carezcan de reglas determinadas que permitan determinar el quantum de la pena, lo que se ha traducido en márgenes de pena variables y arbitrarios. Sostiene que la determinación de la pena depende de las categorías del injusto objetivo que comprende acción y resultado, del injusto subjetivo y de la culpabilidad; y que indudablemente el método de cuantificación del injusto depende de los conceptos que se mantengan en relación al injusto y a la culpabilidad. Propone una sistematización de la individualización judicial de la pena, que valore, en primer lugar la gravedad de las diversas formas de comisión de cada tipo legal; a continuación determinar tipos que no pueden abordarse directamente y respecto de los cuales habría que establecer criterios de determinación de graduación; y finalmente comprender que la valoración se realiza según criterios estructurales y de contenido. Lo primordial sostiene el profesor, será el concepto de injusto, el cual debe incorporar la visión tradicional del injusto (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico), así como la visión comunicativa, en cuya virtud la esencia del injusto se encuentra en la negación del derecho, negación que abarca también a la víctima y que resulta relevante a momento de medir la pena en cuestiones tales como la peligrosidad de la conducta y los motivos del agente⁷⁸. Elabora así un sistema de ordenación que abarca: probabilidad, daño, infracción de deberes, intención y conocimiento seguro.

Las propuestas antes revisadas otorgan interesantes elementos para la tesis aquí propuesta. Todos los profesores que se refieren al tema, manifiestan la necesidad de construir un sistema, modelo o teoría que entregue reglas que permitan la determinación judicial de la pena en base a circunstancias que, conocidas de antemano, otorguen las herramientas que impidan la discrecionalidad en la fijación de quantum y por cierto, reconozcan la gravedad del injusto, el grado de vulneración del bien jurídico protegido por la norma afectada y las circunstancias concretas del daño causado a la víctima. Al respecto, y en relación al daño, la doctrina extranjera y en especial la profesora Hörnle, se refiere a la necesidad de introducir la visión de la

⁷⁷ SILVA Sánchez Jesús María, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, Revista para el análisis del derecho, InDret, Barcelona Abril 2007, p 3.

⁷⁸ SILVA Sánchez Jesús María, Ibid, p 12.

víctima para cuantificar el daño, y en la postura que sostiene el profesor Silva Sánchez, también la visión del vulnerado con el injusto, se introduce, como hemos visto, por la vía de la afectación o contrariedad al derecho.

Como plantea la profesora Hörnle⁷⁹, se trata de conceptualizar la perspectiva de la víctima como un mecanismo a fin de determinar una adecuada relación entre la severidad del delito y la condena, ya de esta forma es posible tener estándares más precisos y racionales que los actuales para determinar estas materias.

Ya que el castigo penal contiene una característica expresiva de desaprobación de la conducta cometida, es necesario que el castigo, se relacione con la extensión de la culpa, pues la severidad de la sanción, necesariamente comunica el grado del cual el ofensor es culpable. Ahora bien, la pregunta es: ¿Cómo se determina la gravedad del delito? La profesora Hörnle se pregunta si es una opción graduar la gravedad del delito desde el impacto del delito sobre los asuntos de la víctima. Sostiene la relevancia del mensaje de censura que se establece por medio de la sanción penal y en dicho sentido, afirma que la imposición de un castigo severo confirma que la víctima fue agraviada por medio del hecho que se sanciona, lo cual implica necesariamente compartir el sentido de reproche social que importa la pena, y la importante función comunicativa del derecho penal. De esta forma, la declaración de censura importa un reproche al delincuente y al mismo tiempo le confirma a la víctima que ella ha sido agraviada por el hecho cometido. La extensión de cuánto ha sido agraviada corresponde a un juicio cualitativo, de cuanto injusto ocurrió, es decir, la valoración del grado del injusto. En dicha valoración resulta necesario considerar la perspectiva de la víctima a fin de evitar valoraciones irracionales que pudieran estar cargadas de prejuicios o preferencias emocionales. Se propone la noción de nivel de vida para evaluar el daño, y así la gravedad de un delito corresponderá al impacto que el mismo ha tenido sobre las condiciones esenciales para la calidad de vida de la víctima. Si la intrusión ha disminuido los recursos necesarios para un alto nivel de bienestar el delito

⁷⁹ HÖRNLE Tatjana, Distribución de la pena: El Papel de una perspectiva de la víctima En: Victimología y Victimodogmática, una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal, publicado originalmente bajo el título: "Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective", en: Bufallo Criminal Law Review, Vol 3:293, p 176 y ss.

es menos serio que aquel que afecta las capacidades humanas elementales para un nivel básico de bienestar.

Como ya se ha dicho, para la doctrina alemana se identifican cuatro niveles de calidad de vida: la mera subsistencia que corresponde al nivel más bajo, el bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intensificado. El daño más grave dejaría a la víctima sin la capacidad humana más básica requerida para la simple subsistencia, es decir que el daño más grave es aquel que ataca al nivel de vida más bajo, esto es a la mera subsistencia. Se sostiene que serán discutibles qué condiciones materiales y no materiales son necesarias para la calidad de vida, pero dicha discusión es preferible antes de confiarse en la intuición al momento de estimar los daños⁸⁰.

Se señala que la integridad física es crítica para el interés vital, pero que influyen en la calidad de vida, como intereses no materiales: la privacidad y la libertad de humillación. Esta última, junto con la degradación personal causan tal profundo impacto en la vida de las víctimas, que pueden considerarse un daño de segundo grado, es decir, inmediatamente inferior en la escala a aquél daño que afecta la condición de mera subsistencia. El análisis de la calidad de vida permite “avaluar” el daño que implica la comisión del delito, para un caso particular pero no desde el punto de vista de la víctima del caso concreto, sino desde una base racional que implica determinar cuáles recursos resultan necesarios para una segura calidad de vida.

2.4.- Necesidad de su justificación

Ha quedado en evidencia la necesidad de justificar la pena a imponer, no sólo por el legítimo derecho del justiciable a conocer porqué se le impuso una determinada sanción, sino también para permitirle recurrir del quantum fijado en la sentencia, pues ello implica su mayor perjuicio. Toda diferencia en relación con el tiempo exacto que deberá permanecer privado de libertad, deviene en sustancial para quien sufre la condena. Por otro lado, sostener que en estas materias impera la discrecionalidad

⁸⁰ HÖRNLE Tatjana, *Ibíd.*, página 165.

judicial implica desconocer los avances del derecho penal para imponer penas sin su consecuente justificación.

2.5.- Relación con los fines de la pena

Si se sostiene que la pena es la reacción estatal frente al incumplimiento de la norma, entonces la determinación de la pena es la ponderación judicial del grado de infracción a la norma⁸¹. Así, en Alemania la doctrina señala que el punto de partida de la determinación de la pena corresponde a los fines de la misma. La pena no sólo se justifica como respuesta al delito, pues aún cuando su límite máximo está dado por la culpabilidad, debe cumplir funciones de prevención. De esta forma lo entiende la doctrina mayoritaria, a partir de lo dispuesto en el artículo 46 antes citado⁸².

Nuestros Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, por su parte, han sostenido: *“Que en parecer de estos sentenciadores, la penalidad aplicada al caso concreto, equilibra la gravedad de la infracción, con la gravedad de la pena, dota de contenido al concepto de libertad, entendida ésta como una opción valorativa de realización preferente; se corresponde con la entidad del daño o puesta en peligro de los bienes jurídicamente involucrados, considera los efectos de la sanción sobre el condenado, tiende a cumplir los fines que persigue la pena humanizando el derecho y respeta el principio de proporcionalidad⁸³”*.

Sin embargo, y como se ha señalado, el fundamento de una determinación de la pena que se oriente hacia la proporcionalidad debe fundarse en la valoración del injusto, para lo cual debe considerarse la perspectiva de la víctima, es decir las sentencias deben señalar las consideraciones normativas que llevaron a estimar el

⁸¹ ZIFFER Patricia, Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena, página 91, En: Determinación Judicial de la Pena, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

⁸² ZIFFER Patricia, Ibid, p 92.

⁸³ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, causa RUC 1000543874-3, RIT 124-2010.

daño cometido con el delito, evaluándose de qué forma la calidad de vida de la víctima se ha visto disminuída con la pérdida o la lesión cometida por el delito.

Capítulo III: Revisión de sentencias

3.1.- Nota sobre los casos, hipótesis de trabajo.

En el presente trabajo, y tal como se ha referido, nos hemos preguntado sobre la valoración que nuestros Tribunales de Justicia han hecho respecto del delito de violación de mujeres menores de edad con resultado de embarazo, en el entendido que dicha circunstancia resulta ser una de las más graves vulneraciones sufridas por las mujeres víctimas de violencia sexual en nuestro país, y especialmente en nuestra Región; constituyendo una repercusión extratípica del delito en estudio. La vulneración del derecho a la indemnidad y/o a la libertad sexual, y el embarazo como consecuencia de la acción desplegada por el imputado, constituye un daño que, atendida la edad de la víctima, puede encuadrarse dentro de aquellos que suponen la pérdida de capacidades para un bienestar mínimo, esto es un daño serio de segundo grado⁸⁴.

Por lo anterior, me aboqué al estudio de las causas de la Región de Los Lagos, revisando las sentencias dictadas en Juicios seguidos por el delito de violación a mujeres menores de edad, con resultado de embarazo. Para tal efecto, revisé las causas seguidas adelante por dicho delito y luego las sentencias dictadas en dichas causas por los Tribunales de Juicio Oral de Puerto Montt y de Osorno, referidas a delitos de violación con resultado de embarazo, entre los años 2004 a 2011. Del mismo modo revisé sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, referidas a la extensión del mal causado, destacando 2 sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua que argumentan precisamente sobre esta idea.

En cuanto a los fallos regionales, es importante destacar que el número total de fallos de menores víctimas de violación con resultado de embarazo, ascendió a las 14 sentencias durante el período señalado; 2 de las cuales fueron dictadas en procedimientos abreviados, no conteniendo las actas razonamientos útiles para el presente trabajo. Por su parte, una de las sentencias revisadas fue absolutoria, de

⁸⁴ Siguiendo a HÖRNLE, Tatjana, *Ibíd.*, p 97 y ss.

forma que no contiene, por ende, razonamiento alguno sobre la determinación de la pena a aplicar.

De esta forma, resultaron un total de 11 sentencias a analizar: 5 de ellas dictadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Puerto Montt y 6 dictadas por el Tribunal de Juicio Ora en lo Penal de Osorno⁸⁵.

Dentro de las sentencias revisadas, se distinguen 3 que no refieren valoración alguna al daño dentro de la determinación de la pena concreta aplicada⁸⁶ y 8 que sí contienen razonamientos o al menos mención a la extensión del mal causado dentro de la fundamentación de la pena aplicada⁸⁷. De aquellas que no contienen referencia alguna a la extensión del mal causado dentro de la determinación de la pena aplicada, destaca la Sentencia RIT 46-2006 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, pues en el considerando Decimo de la misma, se señala: “...*en consecuencia se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito y aumentada en un grado, por estimar que la pena que se logra es proporcional al injusto cometido y particularidades del caso y personas involucradas*”⁸⁸.

Dicha justificación es la única que se encuentra en la sentencia en orden al quantum de la pena impuesta, razonamiento que parece del todo insuficiente para el imputado, quien en definitiva soportará la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio y por cierto parece también insuficiente para que la víctima pueda entender la gravedad de la ofensa que sufrió, el reproche que como sociedad le realizamos a su agresor, pues siendo menor de 14 años de edad a la fecha de los hechos, fue violentada sexualmente por su abuelo, por medio de fuerza y amenaza, -

⁸⁵ Dictadas por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, las causas RIT 46-2006, 46-2007, 09-2010, 28-2008, 125-2009, 14-2011. Dictadas por el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, las causas RIT 58-2006, 36-2008, 41-2009, 75-2010 y 129-2010.

⁸⁶ Dos de ellas corresponden a sentencias dictadas por el TOP Puerto Montt, causas RIT 58-2006 y 36-2008. Una al TOP Osorno, RIT 46-2006.

⁸⁷ Cinco corresponden al TOP Osorno, causas RIT 46-2007, 28-2008, 125-2009, 09-2010 Y 14-2011. Por su parte, existen tres sentencias revisadas en el mismo sentido dictadas por el TOP Puerto Montt y que corresponden a las causas RIT 41-2009, 75-2010 y 129-2010.

⁸⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, sentencia de fecha 9 de Diciembre de 2006, cusa RUC 0600146372-K, RIT 46-2006.

según da por acreditado el fallo en el considerando quinto-, delitos que sufrió en forma reiterada y a raíz de los cuales resultó embarazada.

Respecto de las sentencias de los Tribunales Orales en lo Penal revisadas, es importante señalar que las condenas dictadas por el delito previsto en el artículo 361 del Código Penal corresponden a dos fallos, en circunstancias que nueve sentencias se impusieron por infracción a lo dispuesto en el artículo 362 del citado Código, esto es, la mayoría de las condenas se refieren a niñas menores de 14 años de edad, embarazadas por sus agresores⁸⁹. De los dos casos condenados por el delito del 361 del Código Penal, es relevante señalar ninguna de las víctimas de dichas causas tenían más de 14 años a la fecha de comisión de los hechos⁹⁰.

3.2.- Contexto de los casos revisados: cifras, cercanía con el agresor, características de las víctimas.

De las condenas dictadas por Tribunales Orales de la Región, durante el período que abarca los años 2004 a 2011, relativo a delitos de violaciones sufridas por mujeres menores de 18 años, con resultado de embarazo, destaca en cuanto al agresor que todas las sentencias revisadas condenan a un pariente cercano de la víctima. Se encuentran: padres, abuelos, hermanos, tíos, cuñados, convivientes de la madre y convivientes de la abuela. Ninguna de las 11 sentencias revisadas, condena a un tercero extraño como autor de los delitos referidos cometidos contra menores víctimas, con resultado de embarazo⁹¹.

⁸⁹ Las dos sentencias dictadas por infracción al art. 361 CP corresponden al TOP Osorno, RIT 46-2006 y 09-2010. El resto de las sentencias revisadas, corresponden a delitos previstos en el art. 362 CP.

⁹⁰ Respecto de la víctima causa RIT 09-2010, se acreditó que los hechos se sucedieron entre Julio y Agosto de 2009, en circunstancias que la víctima nació en Agosto de 1994. Por su parte en causa RIT 46-2006, la víctima tenía 14 años a la fecha de comisión de los hechos. Ambas sentencias corresponden al Tribunal Oral en lo Penal de Osorno.

⁹¹ Condenan al "tío", dos causas del TOP Osorno RIT 46-2007 y RIT 14-2011. Del TOP Puerto Montt, corresponden a las causas RIT 58-2006 y RIT 36-2008. Condena al hermano la causa RIT 125-2009, del TOP Osorno, al cuñado la causa RIT 28-2008, del TOP Osorno, al conviviente de la abuela, la causa RIT 09-2010 del TOP Osorno, conviviente de la mamá causa

Por su parte y en cuanto al sector donde se dio por establecido que se produjeron los delitos, 7 de estos casos fueron cometidos en sector rural, en tanto que 4 en sector urbano⁹². En cuanto al número de delitos cometidos, 4 sentencias estimaron que los hechos cometidos por el agresor se encontraban en carácter de reiterados, en 6 casos el hecho habría ocurrido sólo en una ocasión y en 1 caso el hecho se estimó cometido en carácter de continuado durante el período de tiempo determinado en la sentencia⁹³. En este punto no puede dejar de mencionarse que, más allá de los problemas de prueba de cada caso para estimar que sólo se pudo acreditar un acceso carnal, si dicho único acceso ocasionó un embarazo forzado, - cuestión de probabilidades que no es del caso abordar en el presente trabajo-, y ya que dicho embarazo no podría haber sido prevenido pues se trata de la consecuencia de una agresión no querida por las víctimas, quienes no superan los 14 años a la fecha de comisión de los hechos y respecto de quienes el Estado no mantiene una política clara de educación sexual ni de prevención de emergencia; el hecho que la mayoría de las condenas en estudio hayan establecido que una sola violación, ha traído como consecuencia un embarazo no deseado para una menor de edad, por parte de un pariente cercano, constituye una evidencia clara respecto de la necesidad de legislar sobre el aborto. Incluso más, si se argumenta sobre la base de las estadísticas del propio Gobierno, que estiman que un 15,6 % de las mujeres chilenas, de entre 15 y 59 años, ha sufrido violencia sexual alguna vez en su vida⁹⁴.

RIT 41-2009 del TOP Puerto Montt, al papá condena en causa RIT 75-2010 TOP Puerto Montt, condenan al abuelo en causa RIT 46-2006 del TOP Osorno, y causa RIT 129-2010.

⁹² Las condenas del TOP de Osorno RIT 46-2006, RIT 28-2008, RIT 125-2009, RIT 09-2010 y RIT 14-2011 y las condenas del TOP Puerto Montt RIT 58-2006, RIT 75-2010, se refieren a delitos cometidos en sector rural, mientras que la condenas del TOP Osorno 46-2007 y las condenas del TOP Puerto Montt causas RIT 36-2008, RIT 41-2009 y RIT 129 -2010 se refieren a delitos cometidos en sectores urbanos.

⁹³ En calidad de reiterados las sentencias RIT 46-2006, RIT 28-2008, RIT 09-2010 del TOP Osorno y la causa RIT 58-2006. Estimando que se cometió un único delito las sentencias RIT 46-2007, 125-2009 y causa RIT 14-2011 del TOP de Osorno. En el mismo sentido causas RIT 36-2008, RIT 41-2009 y RIT 75-2010 del TOP de Puerto Montt. En carácter de continuado la condena dictada en causa RIT 129-2010 del TOP Puerto Montt.

⁹⁴ Violencia Intrafamiliar en cifras, Departamento de Estudios y Capacitación, SERNAM. En el mismo sentido, Unidad de Prevención en Violencia Intrafamiliar, Programa Chile Acoge, Plan Nacional de acción para la prevención de la Violencia Intrafamiliar en Chile, Septiembre 2011 -

Las condenas dictadas en las causas revisadas, corresponden en 3 casos a penas de presidio menor en su grado máximo, siendo otorgado en dos casos el beneficio de Libertad Vigilada de la Ley 18.216. En el resto de los casos, las penas van desde los 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo hasta los 12 años de presidio mayor en su grado medio, constituyendo ésta penalidad, la más alta otorgada en todas las sentencias revisadas, en sólo 1 caso⁹⁵.

3.3.- Respecto del embarazo: ¿Constituyó éste un hecho controvertido? ¿Fue establecido como un hecho acreditado por el tribunal?

En todos los casos revisados, el Ministerio Público señaló dentro de los hechos imputados a los acusados, el consecuente embarazo de las víctimas. En ningún caso ello fue objeto de controversia por la defensa, de hecho en varios casos el acceso a la prueba de ADN para determinar la paternidad, fue invocada como colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 N° 9 del Código Penal. En ninguno de los casos revisados, el tribunal desestimó la prueba al respecto, y en todos dio por asentado, dentro de los hechos que fueron acreditados, el embarazo de la víctima a consecuencia del acceso carnal por parte del acusado.

Este punto nos parece relevante, pues siendo un hecho que ha sido incorporado al contradictorio por el persecutor, que no ha sido cuestionado por la

Agosto2012, SERNAM, Gobierno de Chile. [en línea] <www.sernam.cl> [consulta: 02 marzo 2012].

⁹⁵ Condena a 12 años de presidio mayor en su grado medio la causa RIT 75-2010 del TOP Puerto Montt. Condenan a 10 años y un día las causas RIT 125-2009, RIT 09-2010 y causa RIT 46-2006, todas del TOP Osorno. Condena a 8 años de presidio mayor en su grado mínimo causa RIT 28-20108, TOP Osorno, condena a 7 años causa RIT 58-2006 TOP Puerto Montt, condena a 6 años de presidio mayor en su grado mínimo causa RIT 129-2010 TOP Puerto Montt, a 5 años y un día causa RIT 46-2007 TOP Osorno, a 5 años de presidio menor en su grado máximo causas RIT 36-2008, con beneficios, TOP Puerto Montt, y causa RIT 14-2011, con beneficios, TOP Osorno. Condena a 4 años de presidio menor en su grado máximo, causa RIT 41-2009 sin conceder beneficios ley 18.216.

defensa, que se ha dado por acreditado por parte del tribunal, nos parece que el mismo debe ser valorado por el sentenciador, lo cual no ocurre en todos los casos⁹⁶.

3.4.- Análisis de la prueba, en aquellos casos en que se hizo aplicación del artículo 69 del Código Penal. ¿Qué justificó su aplicación para el tribunal? ¿Tuvo la Fiscalía que probar el mal causado, o el embarazo bastó para satisfacer que era, en sí mismo, un daño?

Como hemos dicho, de las sentencias revisadas, 8 hacen referencia a la extensión del mal causado con el delito, como elemento a considerar al momento de la determinación de la pena. Así la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Osorno, con fecha 7 de diciembre de 2007, en causa RIT 46-2007, establece lo siguiente: *“DÉCIMO PRIMERO: teniendo especialmente en cuenta la extensión del mal producido que en la especie consistió en el ataque de la indemnidad sexual a una persona que no está legalmente habilitada legalmente para decidir sobre ello y quien además resultó a consecuencia de los sucesos embarazada, habiendo nacido un hijo que ha debido ser entregado a terceros para su cuidado sin que hasta ahora el padre haya asumido su rol respecto de él. Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de recorrer el primer tramo de la pena.”* Por su parte, la sentencia dictada por el TOP Osorno, con fecha 9 de Agosto 2008, en causa RIT 28-2008, señala: *“DÉCIMO SEGUNDO: Que en cuanto a la determinación de las penas, se tiene presente....Dentro del referido grado se aplicará en su máximo, en consideración a la extensión del mal producido por el delito, pues de acuerdo a lo informado por la perito psicóloga la ofendida presentaba un severo daño emocional asociado a una sexualidad traumática, que surgió por acciones abusivas reiteradas en el tiempo, sumado a dos circunstancias relevantes: haber sido establecida la reiteración del delito y existido un embazado y nacimiento de un niño,*

⁹⁶ De los casos revisados existen 3 que no hacen referencia al daño, como ya se dijo, sin perjuicio que en ellos se da por acreditado el embarazo a consecuencia de la violación sufrida por la víctima, dentro de los hechos establecidos por la sentencia. Estas corresponden a las causas RIT 46-2006 del TOP Osorno y causas RIT 58-2006 y RIT 36-2008 ambas del TOP Puerto Montt. En ninguna de estas 3 causas existe siquiera referencia al artículo 69 del CP dentro de las normas invocadas por el tribunal.

últimos acontecimientos que marcarán necesariamente de por vida a la ofendida. Por otra parte, la forma en que el delito era cometido por el acusado resulta altamente reprochable, por cuanto se aprovechó de una niña vulnerable afectiva y culturalmente, en claro estado de indefensión tomando en cuenta su edad al momento de los hechos establecidos⁹⁷.”

En el mismo sentido, pero estimando que el daño ha sido “amplificado” por el embarazo lo cual traerá efectos permanentes, sostiene el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, en causa RIT 125-2009, de fecha 16 de Diciembre de 2009: *“NOVENO: Pena. De acuerdo a ello, se regulará la pena en el grado medio del presidio mayor, por entenderse que el daño producido por el delito es necesariamente severo y ha sido amplificado en la especie con el resultado de un embarazo de la víctima, quien ha dado a luz un niño, siendo ella misma una niña. De esta forma, la experiencia traumática de la violación proyecta sus efectos de manera permanente, generando sentimientos ambivalentes expuestos por la propia ofendida, que la ubican en un dilema afectivo, emocional y psicológico difícil de superar⁹⁸.”*

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, en sentencia de fecha 8 de Septiembre de 2010, causa RIT 75-2010, señala: *“Que de acuerdo a lo anterior, y teniendo en consideración además lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, la sanción corporal, se regulará en el tramo de presidio mayor en su grado medio en un quantum de doce años. En efecto en el caso que nos ocupa la mayor extensión del daño causado a la menor quedó demostrado con el testimonio de la perito psicóloga ... quien practicó peritaje a la menor ..., a fin de determinar la credibilidad del relato de ésta y del daño emocional que presenta la menor, así nos relató que, ...presenta un daño emocional grave, reactivo a abuso sexual reiterado, el que se traduce en un quiebre en su desarrollo psico sexual normal, donde hay sentimientos de culpa, vergüenza y estigmatización, puesto que esto ha generado un quiebre familiar y dentro de la comunidad; a raíz del embarazo se ve truncado su*

⁹⁷ Sentencia RIT 28-2008, Tribunal De Juicio Oral en lo Penal de Osorno de fecha 9 de Agosto 2008.

⁹⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, causa RIT 125-2009, de fecha 16 de Diciembre de 2009.

desarrollo personal, ella habla mucho de que no va a poder estudiar y sus amigos se van a reír porque ella está embarazada, ella tiene 13 años y es mamá, el daño es grave..., señaló que la consecuencia emocional entre una niña menor de 14 años que es violada por un tercero es distinta del daño que experimenta una misma menor en esas condiciones cuando el agresor es el padre, en cuanto al daño, explicó,.. es bastante grave,...tenía 12 años al momento del embarazo, presenta inmadurez psicológica propia de su edad, es una situación anti normal ser mamá a los trece años, no tiene las capacidades, recursos físicos y psicológicos, la regla le llegó a los 11 años, no tiene capacidad para asumir la maternidad, es un daño bastante grave, es un hijo con el cual va a tener que vivir siempre, tiene que aprehender a convivir con un hijo, no esperado, no programado, no fruto de una relación sana, sino fruto de violencia sexual, recordar para ella es un dolor inmenso y la figura agresiva es el padre, es un daño mayor, el daño se potencia mucho más, se genera un doble daño, la figura agresora es la figura protectora, por eso se potencia el daño...⁹⁹.”

Estas sentencias son las únicas que se refieren al embarazo expresamente como daño, ya que las demás sólo hacen mención a: “la extensión del mal causado “ sin especificar en qué consiste el mismo, ni cómo ello se relaciona con el embarazo, como tampoco de qué forma esta extensión justifica la penalidad en concreto que se ha impuesto a los condenados. Sin embargo, estas últimas sentencias citadas dan cuenta de una valoración exhaustiva del embarazo como consecuencia dañosa del delito, que justifica la aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal. Es importante destacar que en el caso de la sentencia RIT 46-2007 la pena aplicada al condenado es de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en el caso de la sentencia RIT 125-2009 la condena aplicada fue de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, y en el caso de la sentencia RIT 75-2010, la condena impuesta fue de 12 años de presidio mayor en su grado medio, la más alta de todas las condenas impuestas en las sentencias revisadas durante el período 2004-2011 en la Región por delito de violación con resultado de embarazo a consecuencia del mismo.

⁹⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, causa RIT 75-2010, de fecha 8 de Septiembre de 2010.

Por su parte, ninguna de las sentencias discute que el embarazo sea consecuencia del actuar del imputado, pues en todas ellas se da por acreditado dicho hecho a consecuencia del acceso carnal cometido a las menores. Llama la atención en este punto que, aún cuando en todos los casos el agresor es varios años mayor que la víctima, manteniendo en varios casos el deber de cuidado sobre la misma en su calidad de ascendiente directo o conviviente de sus madres o abuelas, no se les reprocha el no haber tomado precauciones para evitar el embarazo de las menores, en circunstancias que el mismo resulta, sobre todo en los casos de delitos reiterados, una consecuencia evidente de la conducta cometida. Lo anterior resulta más dramático aún al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 20.418, que regula la información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, en cuanto establece que los métodos de anticoncepción de emergencia, de ser solicitados por una menor de 14 años, le serán entregados, debiendo informar al padre, madre o adulto responsable de la menor¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Artículo 2, Ley 20.084, Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el Diario Oficial el 28 de Enero de 2012.

Capítulo IV: Discusión de resultados

4.1.- Determinación de la pena en base al embarazo: comparación de grupos y circunstancias: embarazo, parentesco, ruralidad, edad, determinación de la pena y concesión de beneficios ley 18.216.

Como ya hemos dicho, 11 sentencias condenatorias se han dictado por los Tribunales Orales en lo Penal de Osorno y Puerto Montt en el período comprendido entre los años 2003 a 2011, en delitos de violación a menores de 18 años, con resultado de embarazo. De ellas, la penalidad más alta fue dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, respecto de un delito de violación impropia previsto en el artículo 362 del Código Penal, cometido en una fecha no determinada del mes de Noviembre del año 2009, en un sector rural de la comuna de Fresia, por el padre de la víctima, respecto de quien se estimó concurrentes las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 11 numerales 6 y 9 del Código Penal y una agravante, la prevista en el artículo 13 del mismo Código. La penalidad aplicada se funda las modificatorias expuestas, y en especial en lo dispuesto en el artículo 69 del Código por el daño emocional grave sufrido por la víctima a consecuencia de haber sido ultrajada por su propio padre, de quien ha quedado a su vez embarazada, siendo ella misma, una niña¹⁰¹.

Del mismo modo, hemos dicho que todas las sentencias revisadas condenan a un pariente cercano a la víctima, que 4 estiman los hechos como reiterados y que las penas impuestas varían entre los 4 años de presidio menor en su grado máximo hasta los 12 años de presidio mayor en su grado medio, incluyendo 2 casos en que se otorgaron beneficios de la ley 18.216.

¿Qué justifica la diferencia de penas impuestas? ¿Qué motivación se encuentra en las sentencias dictadas por nuestros tribunales para, -en un caso de reiteración de violación a menor de 12 años de edad, con resultado de embarazo,

¹⁰¹ Corresponde a la causa RIT 75-2010, del 8 de Septiembre de 2010.

cometido por el tío de la menor, concurriendo 2 circunstancias atenuantes, se le fije un quantum de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo?¹⁰²

Si las sentencias se refirieran a la extensión del mal causado con un razonamiento que lo justificara, en todos los casos, la pregunta tendría una respuesta justificada, que podríamos compartir o no, pero sin duda nos permitiría reproducir el fundamento que justifica los años impuestos de pena corporal, o los motivos que llevaron al tribunal a aplicar un beneficio alternativo a la pena privativa de libertad.

Sin embargo, en las 2 sentencias que conceden Libertad Vigilada, la aplicación del mismo se justifica en la rebaja de grado que realiza el tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del Código, sin hacer mayor referencia al daño de la víctima, a la circunstancia del embarazo, a la edad de la víctima, al grado de ruralidad o abandono de la víctima o al parentesco que la unía con su agresor¹⁰³.

Es importante señalar que en las sentencias que hacen referencia al embarazo causado con el delito por el cual se condena, éste hecho no se analiza con mayor profundidad sino más bien constituye una circunstancia más al referirse al daño causado a las víctimas, como antecedente relevante que las marcará de por vida¹⁰⁴.

4.2.- Pronunciamiento de los tribunales superiores de justicia

Dentro de las sentencias revisadas, buscando aquellas que hicieran referencia al artículo 69 del Código Penal, en casos de delitos sexuales, destacan 2 sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

¹⁰² Corresponde a la causa RIT 58-2006, del 21 Marzo de 2007, del TOP Puerto Montt.

¹⁰³ Se trata de las sentencias RIT 36-2008 del TOP Puerto Montt, y de la sentencia RIT 14-2011 Top Osorno. Es interesante destacar que la primera de las señaladas no realiza referencia alguna al daño, ni al artículo 69 del CP dentro de las normas citadas por la sentencia en lo resolutivo.

¹⁰⁴ Así por ejemplo, considerando Décimo segundo, sentencia RIT 28-2008 RUC 70040503-8, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno. En el mismo sentido, considerando Vigésimo tercero, sentencia RIT 75-2010 RUC 1000157183-K, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt.

La primera, de fecha 02 de diciembre de 2009, Rol Corte 346-2009 Ref., rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando que los jueces hicieron una correcta aplicación del artículo 69, en cuanto fundaron la mayor extensión del mal causado en lo deleznable de la violación a menor de edad, que provocó en ella un embarazo.

Por su parte, la misma Corte con anterioridad había resuelto con fecha 02 de abril de 2000, que encontrándose el tribunal facultado para recorrer toda la extensión de la pena, comparte los razonamientos de la Juez a quo al no regular la pena en su grado mínimo, sino en el grado medio, atendido lo dispuesto en el artículo 69, fundándose en el mal causado con el delito tomando en consideración la escasa edad de la víctima y la sensación de inseguridad que le ha debido producir el ser atacada en su propia casa¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sentencia Rol Corte 203.607, expediente 4348 2 Juzgado de Rengo, dictada por los Ministros Titulares Señores Raúl Mera Muñoz, Carlos Aránguiz Zúñiga y Héctor Retamales Reynolds.

Capítulo V: Propuestas

5.1.- Propuestas para el acusador

Si bien es cierto, corresponde al Tribunal la determinación judicial de la pena aplicable al caso particular, no es menos cierto que el acusador debe proveer de la prueba suficiente para acreditar los hechos imputados y su solicitud de pena. En este aspecto, me parece que aún pueden hacerse algunas consideraciones en orden a fundamentar una solicitud de pena que refleje el daño que a consecuencia del embarazo mantenga la víctima y que se haya apreciado en antecedentes de la investigación tales como informes de daño psicológico, escolares o médicos.

En efecto, la calidad de vida de las víctimas de estos delitos merman a consecuencia de los hechos de forma irreversible, generando la pérdida de capacidades para un bienestar mínimo en la mayoría de los casos, lo que es posible de probar con los debidos peritajes. Los mismos deben ser complementados por profesionales que aporten no sólo desde el área psicológica sino también del área de la salud y social. Me parece que no bastan informes psicológicos referidos exclusivamente al daño provocado por la experiencia traumática de la violación, sino que es necesario que los mismos apunten a la experiencia única y de por vida que implica la maternidad, y cómo ésta influye en la construcción de la personalidad de la menor, pero por cierto sobre sus eventuales capacidades sociales, sus posibilidades de desarrollo físico, las posibilidades de superar la pobreza con los recursos familiares que mantiene en cada caso particular y su eventual desarrollo educacional.

Por su parte, no debe descartarse investigar también acerca del conocimiento que tenía el autor sobre la posibilidad de embarazo, pues dado que buena parte de las acusaciones se presentan sobre hechos que se estiman reiterados, no puede dejar de considerarse que el asumir esta circunstancia como una eventualidad frente a la actividad sexual a la cual se somete a las víctimas, permite acercar el reproche a la culpabilidad del autor, área que estimamos aún no ha sido desarrollada por los operadores del sistema en la temática estudiada. Efectivamente sostenemos que es

posible, al amparo de la teoría de la imputación objetiva, imputar el embarazo como circunstancia extratípica relevante, consecuencia del delito cometida, un riesgo creado por el autor que se concreta en el resultado lesivo del bien jurídico protegido por el delito de violación propia y de impropia¹⁰⁶. En la mayoría de los casos de delitos sexuales que conoce el sistema de persecución penal, se encuentran elementos suficientes para estimar que el embarazo era un riesgo previsible y que fue aceptado por su autor. Es pertinente realizar investigaciones por parte del persecutor que den cuenta de la creación de dicho riesgo, de las posibilidades que el mismo fuera previsible, y cómo esta especial repercusión del delito de violación merma el desarrollo y la calidad de vida de las víctimas, alterando profundamente su calidad de vida mediante hechos que niegan la libertad e indemnidad sexual¹⁰⁷.

Del mismo modo, al momento de solicitarse penas por el acusador, este debe tener en cuenta la circunstancia del embarazo como el más grave ataque al bien jurídico protegido por el delito, en cuanto niega el derecho a la autodeterminación de la maternidad de las mujeres y altera de forma permanente su calidad de vida.

5.2.- Propuestas para el juzgador

Nuestros tribunales deben comenzar a valorar la extensión del mal provocado con el delito mediante la correcta justificación de las circunstancias que lo integran, y que para el caso particular, los motiva. Determinar las penas sobre la base de frases sin contenido que no permiten reproducir las razones o argumentos que los llevaron a fijar una u otra cantidad de años de pena, implica una vulneración de los derechos del justiciable y también una vulneración a los fines de la pena, pues así resulta poco probable que fines preventivos puedan derivarse de ellas. ¿Cómo pueden los agresores comprender la gravedad de la lesión producida? ¿Cómo podrá ser justa una sentencia que no explica las razones que justifican el número de años de cárcel que

¹⁰⁶ MIR PUIG Santiago, Significado y Alcance de la imputación objetiva en el derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194: 4.

¹⁰⁷ En palabras de la profesora HÖRNLE: hechos que “humillan y degradan” a las víctimas. Op.cit p 99.

soportará el sujeto? Por otro lado, ¿cómo pueden las víctimas entender que lo que les ha ocurrido es altamente reprochable?

Por su parte y entendiendo que el bien jurídico protegido en estos delitos se relaciona estrechamente con la libertad y la dignidad humana, es pertinente que nuestros tribunales se refieran al embarazo a consecuencia del delito de violación como circunstancia que agrava el injusto cometido, pues esta circunstancia constituye un grave atentado contra el bien jurídico protegido; ya que afecta gravemente el ejercicio de la libertad sexual de las víctimas y niega los derechos reproductivos de las mujeres víctimas, lo cual constituye una intensa vulneración a la finalidad de protección de la norma. Respecto de las menores de edad, además la circunstancia del embarazo a consecuencia del delito de violación, las priva de la posibilidad de desarrollar su sexualidad libremente y les impone una maternidad no elegida que alterará para siempre sus vidas, vulnerando su dignidad e impidiendo el correcto desarrollo de la personalidad de estas niñas.

Su valoración, en aquellos casos que sea procedente por imputación al autor del delito, debe hacerse por parte de los tribunales no sólo en base al daño psicológico que presenten las mujeres como consecuencia de haber sido víctimas de un delito sexual, sino en base a todos los antecedentes que, aportados al contradictorio, demuestren la intensidad de la lesión provocada y la permanencia de dicha repercusión en sus vidas futuras, pudiendo seguirse en este punto doctrina extranjera para estimar que, según el caso, el daño producido puede afectar la calidad de vida de las víctimas en forma grave y definitiva, pues es posible sostenerlo así desde una base racional, de forma que dicha circunstancia debe ser objeto de un mayor desvalor y por ende de una agravación de la pena, dentro de los márgenes que establece el artículo 361 o 362 del Código según sea el caso, haciendo uso de las facultades que para tal efecto el legislador le ha otorgado al juzgador en el artículo 69 del Código Penal, argumentando sobre la base que el embarazo a consecuencia del delito de violación constituye una extensión del mal causado con el delito.

Finalmente, y como hemos revisado, resulta necesario que nuestros tribunales comiencen a reconocer en la víctima un receptor relevante del mensaje sancionatorio que imponen con la sentencia judicial, cuestión de la cual en la actualidad nuestros tribunales no se están haciendo cargo.

VI.- Bibliografía

- 1.- Aborto un tema a debatir, Dossier de 14 páginas para enriquecer la discusión, Revista Paula, Febrero 2011
- 2.- BASCUÑAN RODRIGUEZ ANTONIO. La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno, Revista Derecho y Humanidades, N°10/2004/143-181
- 3.- CASAS BECERRA LIDIA. Aborto y Derechos Humanos, Los otros derechos, Derechos Humanos: Desafíos del Bicentenario
- 4.- CASTELLI CLAUDIA, Aborto e Infanticidio, como sostener una adecuada defensa, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública.
- 5.- CURY URZUA ENRIQUE. Derecho Penal Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, Santiago, 1992,
- 6.- ETCHEBERRY ALFREDO. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3º Edición, 1997
- 7.- ETCHEBERRY ALFREDO. Derecho Penal, Parte General Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3º Edición, 1997
- 8.- FEIJOO SANCHEZ B. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, el debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. In Dret, Revista Análisis del Derecho, Barcelona Enero 2007
- 9.- FEIJOO SANCHEZ BERNARDO. Retribución y Prevención General, Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal, Capítulo XIII La determinación de la pena, pp. 677-725, Bde F, 2007,
- 10.-GARRIDO MONTT MARIO. Lecciones de Derecho Penal, Parte especial Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, página 271 y siguientes.
- 11.- GARRIDO MONTT MARIO. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Julio 2007, Segunda edición.
- 12.- GIRE, Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., Paulina en nombre de la ley, Temas para el debate 2, página 18
- 13.- GIRE, Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., Paulina, 5 años después, Temas para el debate, Distrito Federal, México, 2004, páginas 7 y siguientes.
- 14.- HÖRNLE TATJANA. Determinación de la pena y Culpabilidad, Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Prologo Bernd Schünemann, Editorial FD, Buenos Aires, Argentina, Agosto 2003
- 15.-Informe de la Relatora Especial Radhika Coomaraswamy sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la

causan o la constituyen, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, en Enero de 1999.

16.- MAÑALICH R JUAN PABLO. Pena y ciudadanía, REJ Revista de Estudios de la Justicia Falta Editorial, volumen (6): páginas, 2005

17.- MIR PUIG SANTIAGO, Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal, artículo publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, <http://criminet.org.es/respcp>

18.- MIR PUIG SANTIAGO. Derecho Penal, Parte General, Editorial B de F, Buenos Aires, 8ª Edición, 2009

19.- POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE Y RAMIREZ MARIA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004

20.- Proyecto de Ley Orgánica de Salud Reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, España

21.- REYNA ALFARO LUIS MIGUEL, Coordinador, Victimología y Victimodogmática, Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal, Buenos Aires Argentina, Ara Editores, Abril 2003

22.- RODRIGUEZ COLLAO LUIS. Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004

23.- ROXIN, BELOFF, MAGARIÑOS, ZIFFER, BERTONI Y RIOS. Determinación Judicial de la Pena, Editores del Puerto, Buenos Aires, Abril 1993

24.- ROXIN CLAUS. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2º Edición alemana y notas por Diego-Manuel Lozón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Thomson Civitas, Madrid, España, 1997

25.- SABAL LUISA, LEMAITRE JULIETA y ROA MONICA, (Eds) Centro legal para derechos reproductivos y políticas públicas, Cuerpo y Derecho, Legislación y Jurisprudencia en América Latina, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia, 2001

26.- Sentencias condenatorias por delitos de violación con resultado de embarazo, dictadas por los tribunales de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, Puerto Montt y Castro, dictadas entre los años 2003 a 2011.

27.- Sentencias Tribunales superiores de Justicia, años 2003 a la 2011.

28.- SILVA SANCHEZ JESUS MARIA. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, Revista para el análisis del derecho, InDret, Barcelona, Abril 2007

29.- VAN WEEZEL DE LA CRUZ ALEX. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Revista Chilena de Derecho Vol 24 (3): 459-502, 1997

30.- VAN WEEZEL DE LA CRUZ ALEX. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes