

UNIVERSIDAD DE TALCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

TALCA 2001

LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

INTRODUCCIÓN

Entre los delitos de índole sexual, pensamos que la violación y la sodomía calificada son los que causan mayor odiosidad en la población, sobre todo cuanto tienen como víctima a menores. De allí que el legislador, haya manifestado durante los últimos años una tendencia por agravar la penalidad de estas infracciones y por establecer un trato más severo para aquellas situaciones en que se produce alguno de los resultados que suelen acompañar a las mismas, como es el caso de las lesiones o la muerte de la víctima.

Recordemos que ambas figuras atentan contra la libertad sexual, pero además pueden traer consigo un atentado contra otros bienes jurídicos, como la integridad física, la salud y la vida. Esto determina el surgimiento de una serie de relaciones entre los delitos de violación y sodomía calificada, por una parte, y las figuras de homicidio y lesiones, por otra. Incluso, en el caso de la violación, puede que ésta concurse también con el aborto, por ser éste un resultado que perfectamente puede sobrevenir cuando se violenta sexualmente a una mujer embarazada.

El estudio que ahora comenzamos tiene por objeto indagar sobre las consecuencias penales de esos otros resultados que suelen acompañar a los delitos de violación y sodomía calificada.

La necesidad de efectuar esta investigación queda de manifiesto si se considera que el legislador optó por establecer una figura específica –la que actualmente contempla el artículo 372 del Código Penal– para sancionar la muerte que se produce con ocasión de ejecutarse los delitos de violación y sodomía calificada. Sin embargo, no existe claridad en la doctrina sobre el sentido y alcance de este precepto y, más aún, el hecho de que ella sólo se refiera al resultado de muerte, plantea una serie de dudas sobre la situación de las lesiones y el aborto, consecuencias que, como dijimos, también pueden sobrevenir a consecuencia de esos delitos.

Para entender adecuadamente las consecuencias penales de los tres resultados que constituyen el objeto de esta investigación, creemos que resulta indispensable examinar previamente dos materias: los diversos sistemas que utilizan las legislaciones para incriminar y para agravar la responsabilidad respecto de los delitos de violación y sodomía calificada; y el alcance de la conducta y del elemento culpabilidad en esos dos delitos.

Sobre la base de los antecedentes consignados, examinaremos enseguida las consecuencias penales de los tres resultados conexos a las figuras de violación y sodomía calificada: lesiones, muerte y aborto.

En las conclusiones, en fin, trataremos de efectuar un juicio crítico sobre las soluciones que emanan del actual ordenamiento positivo y, muy especialmente, sobre la inclusión de la figura prevista en el artículo 372 del Código Penal.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

SISTEMAS DE INCRIMINACIÓN

Los delitos de violación y sodomía calificada son dos figuras delictivas bastante similares entre sí. Si hacemos un paralelo entre ambos tipos, encontraremos que son mayores las semejanzas que las diferencias: el sujeto activo en ambos delitos debe ser un varón; el objeto material se identifica con el sujeto pasivo, porque la conducta delictiva recae en los dos delitos, sobre una persona; el objeto jurídico que se desea proteger es, en ambos casos, la libertad sexual; la conducta básica es un acceso carnal realizado sin o contra la voluntad del sujeto pasivo; la falta de voluntad de la víctima se manifiesta en tres hipótesis alternativas especificadas en la ley; y la penalidad de ambos delitos es la misma. Por todo lo anterior, es que en algunas legislaciones la violación y la sodomía calificada se castigan como un solo delito.

Ahora bien, la violación y la sodomía simple –cuya conducta delictiva también es un acceso carnal, pero consentido y entre varones– son delitos que siempre fueron sancionados en un mismo título porque se creía que ambos atentaban contra un mismo bien jurídico, llámese éste buenas costumbres, honestidad, moralidad pública, moralidad sexual, etc. En la actualidad, sin embargo, la sodomía simple ya no es constitutiva en la mayor parte de las legislaciones.

Tomando en consideración estos antecedentes y con el objeto de aclarar el panorama en esta materia, intentaremos sistematizar la forma en que han sido y son sancionadas estas conductas delictivas.

a) Sistema Único

El acceso carnal con persona de uno u otro sexo sin que concurra su voluntad, se sanciona como delito de violación. La falta de voluntad de la víctima se presenta generalmente en tres casos: cuando se usa violencia, cuando la víctima es menor de doce años y cuando ésta por determinadas circunstancias no puede consentir el acto. En este sistema, el acceso carnal voluntario entre varones, a pesar de ser una situación anormal e inmoral, no constituye delito y queda impune.

Llamamos único este sistema, por cuanto es un solo tipo el que capta las conductas de tener acceso carnal forzado, ya sea con un varón o con una mujer.

b) Sistema Dual

En este caso, comete el delito de violación el varón que yace con una mujer en las siguientes circunstancias: cuando usa la fuerza o la intimidación, cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido y cuando ésta es menor de doce años.

Por otro lado, el acceso carnal entre varones, siendo uno de ellos menor, se sanciona como abusos deshonestos cuando concurre alguna de las circunstancias de la violación. En cambio, el acceso carnal voluntario entre varones adultos no tiene sanción.

Entonces, en este sistema son dos los delitos sancionados: la conducta de tener acceso carnal con una mujer sin que concurra su voluntad se sanciona a título de violación, y la misma conducta, pero siendo el sujeto pasivo un varón, se sanciona a título de abusos deshonestos.

c) Sistema Trino

Al igual que en el caso anterior, se sanciona como delito de violación la conducta de yacer con una mujer

usando fuerza o intimidación, encontrándose ésta privada de razón o de sentido, o siendo menor de doce años. El acceso carnal forzado entre varones, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en la ley, constituye el delito de sodomía calificada. Por último, el acceso carnal voluntario entre varones constituye el delito de sodomía simple.

Aquí nos encontramos con que existen tres delitos distintos que sancionan la conducta básica de tener acceso carnal en determinadas circunstancias señaladas en la ley. Si el acceso carnal es entre varones y voluntario, se trata del delito de sodomía simple; si el acceso carnal es entre varones, pero forzado, se trata del delito de sodomía calificada y si el acceso carnal es involuntario o forzado y el sujeto pasivo es una mujer, se trata del delito de violación.

Una forma de castigar la mayor gravedad de los delitos de violación y sodomía calificada, respecto de determinados resultados consiste en crear un tipo autónomo con una sanción mayor y que incluya el delito base y el resultado agravado. Este es el sistema utilizado por el Código Penal chileno a partir de la modificación que creó la figura contemplada en el artículo 372 de dicho texto legal.

SISTEMAS QUE ADOPTA EL CÓDIGO PENAL DE CHILE

a) En cuanto a la incriminación:

El código Penal de Chile adopta el tercer sistema de incriminación como veremos a continuación.

En su texto original, los delitos de violación y sodomía se encuentran sancionados en el título VII del Libro II Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública.

El delito de violación aparece tipificado en el párrafo 5, artículo 361 en los siguientes términos:

La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1°. Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2°. Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3°. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

El delito de sodomía, por su parte, se encuentra tipificado en el artículo 365, dentro del párrafo 6 y su redacción es la siguiente:

El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

La Comisión Redactora del Código Penal no dejó testimonio de cuál fue su fuente de inspiración en esta materia, así como tampoco precisó el alcance de la disposición. Pero existía consenso en orden a que este artículo sancionaba las conductas homosexuales entre varones realizadas voluntariamente por ambas partes.

El acceso carnal homosexual forzado, esto es, contra la voluntad de uno de los varones se sancionaba como abusos deshonestos, cuya penalidad era mayor que la del delito de sodomía.

Este sistema se mantuvo inalterable hasta el año 1972 en que se dicta la ley 17.727, que introduce reformas en

el delito de sodomía, incorporando al texto del artículo 365 las circunstancias calificantes propias de la violación y aumentando la pena del delito en caso que ellas concurran.

Para ETCHEBERRY (1) estas circunstancias calificantes son

(1) ETCHEBERRY, Derecho Penal Parte Especial (Santiago, 1976) 4, p. 68.

incompatibles con la forma simple del delito, ya que mientras la sodomía es un

tipo plurisubjetivo, aquéllas suponen la existencia de una conducta de abuso o forzamiento sobre una víctima. Esto significa que la ley 17.727 creó una nueva figura que puede llamarse sodomía calificada o más propiamente violación sodomítica.

Por lo tanto, luego de la reforma introducida por este cuerpo legal, no se modifica el sistema de incriminación en esta materia, sigue siendo un sistema de tres delitos. Sin embargo, cambia uno de ellos: el acceso carnal forzado entre varones y perpetrado en circunstancias similares a la violación ya no se sanciona a título de abusos deshonestos, sino que constituye el delito de sodomía calificada.

Entonces, a partir de 1972 el Código Penal chileno sanciona el acceso carnal forzado con una mujer, a título de violación; el acceso carnal forzado con un varón, a título de sodomía calificada; y el acceso carnal voluntario entre varones, a título de sodomía simple.

Posteriormente, en 1979 se dicta el decreto ley N° 2.967, que introduce modificaciones al Código Penal, especialmente en los delitos de violación y sodomía calificada. Estas modificaciones no implican cambios en la tipificación de estos delitos, sino que se traducen en un incremento de las penas cuando las víctimas son menores.

Con respecto al delito de sodomía simple, éste sigue sancionándose en nuestro Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las legislaciones.

b) En cuanto a la agravación:

En esta materia, pensamos que nuestro Código Penal recurre a más de un sistema de agravación.

Por un lado, el artículo 368 contiene una agravante específica por la calidad de los autores que han intervenido, y que es aplicable, entre otros, a los delitos de violación y sodomía calificada.

Por otro lado, en nuestro Código Penal existe un tipo autónomo que sanciona el resultado más grave que puede producirse como consecuencia de un delito de violación o de sodomía calificada, cual es la muerte de la víctima. Esto a partir de 1979, en que el decreto ley N° 2.967 reformó el Código Penal creando una nueva figura delictiva. El número 5 de este cuerpo legal agregó como artículo 372 bis el siguiente:

El que con motivo u ocasión de violación o de sodomía, causare además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte.

CONDUCTA Y CULPABILIDAD EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

LA CONDUCTA EN EL TIPO DE VIOLACIÓN

La conducta, como todos sabemos, es el elemento substancial del delito, ya que sin su concurrencia no podría haber un juicio de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. Así lo reconoce la Constitución Política de la

República, al exigir que todo tipo contenga la descripción de una conducta. En todo caso, existe consenso en orden a que los tipos pueden construirse sobre la base de una sola conducta o bien de dos o más conductas alternativas o copulativas.

La violación suele definirse como el acceso carnal de un varón a una mujer, realizado sin la voluntad de ésta. La esencia de la conducta delictiva está representada por el acceso carnal (2), en nuestra legislación: yacer.

Por nuestra parte, creemos que el concepto de yacer es amplio y comprende tanto la cópula normal como sus equivalentes anormales. Sin embargo, lo que aquí interesa analizar es si el tipo de violación exige otra conducta además de yacer. Es decir, queremos determinar si este tipo requiere una o dos conductas para configurarse. Para esto es necesario examinar cada una de las hipótesis alternativas del artículo 361 de nuestro Código Penal.

En la hipótesis primera, se comete violación yaciendo con la mujer

(2) ETCHEBERRY, (N.1), p. 55.

cuando se usa de fuerza o intimidación. Esta es la llamada violación propia (3), figura en la cual el sujeto activo hace uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima y conseguir su objetivo de yacer con ella. Respecto a esta figura debemos preguntarnos si el uso de la violencia es una conducta exigida por el tipo o si, por el contrario, es una forma de ejecución de la conducta única de yacer.

Sabemos que la conducta o acción se compone de un aspecto interno, que es la resolución de ejecutar un hecho delictivo, y de un aspecto externo, que se manifiesta normalmente en un movimiento corporal del sujeto que actúa. Desde el punto de vista legislativo, este movimiento corporal se expresa a través de un verbo denominado rector; por ejemplo en el delito de lesiones: herir, golpear o maltratar; en el homicidio: matar, y en la violación: yacer. Es decir, el movimiento corporal que constituye la conducta en la violación se manifiesta en el verbo yacer, pero si examinamos con detenimiento la norma, podremos observar que en esta hipótesis hay además otro verbo conjugado: debe usarse fuerza o intimidación, lo que se traduce en otro movimiento corporal. Esto significa que esta figura exige otra acción que puede ser anterior a la acción de yacer; se debe usar la fuerza (violencia física) o la intimidación (violencia moral) en contra de la mujer para vencer su resistencia. Es claro que la conducta de violencia debe ser ejecutada con el objeto de vencer la resistencia de la mujer y cuando esta violencia es física, debe recaer precisamente sobre la persona de la víctima y no sobre cosas o terceras personas.

A nuestro entender, esto quiere decir que la figura de la violación

(3) LABATUT GLENA, Derecho Penal Parte Especial (Santiago 1969) 2, p. 247 s.

propia exige dos conductas copulativas: usar la violencia y yacer; ambas deben concurrir para que se configure la primera hipótesis de este delito.

Para la generalidad de los autores, la conducta en el delito de violación consiste en tener acceso carnal con la víctima sin que concurra su voluntad, y el uso de la violencia es considerado de diversas maneras: para MUÑOZ CONDE (4), es el medio necesario para conseguir el yacimiento; para SOLER (5), muestra dentro de los delitos contra la honestidad, la característica específica de esta figura como atentado a la libertad sexual; FONTAN BALESTRA (6) dice que es uno de los dos elementos que integran el delito de violación. Como podemos ver, ninguno de estos autores identifica el uso de la violencia como una conducta exigida por el tipo de violación. Sin embargo, pensamos que ése es precisamente el carácter que debe atribuírsele atendida la redacción del artículo 361 del Código Penal chileno como ya lo hemos explicado.

En la segunda hipótesis del artículo 361 cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa, debemos examinar por separado cada una de las situaciones que comprende.

Comete el delito de violación el varón que yace con la mujer privada de razón. En este caso, pensamos que se exige una sola conducta, yacer, por cuanto la circunstancia de encontrarse la mujer privada de razón no es un hecho provocado por el violador; él solo se aprovecha de una situación preexistente.

(4) MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial (Sevilla 1976), p. 349.

(5) SOLER, (n.5), p. 342.

(6) FONTAN BALESTRA, (n.5), p. 253.

En la segunda parte de la misma hipótesis, se configura la violación cuando el sujeto activo yace con la mujer encontrándose ésta privada de sentido. Para cierta parte de la doctrina, en este caso se incluyen también situaciones provocadas por el autor, por ejemplo narcotizar o embriagar a la mujer.

La norma legal, en todo caso, no exige que sea el sujeto activo el que ponga a la mujer en ese estado; para que se configure la hipótesis basta que éste realice la conducta de yacer con la víctima. Pero, no se excluye la posibilidad de que ejecute ambas conductas, por ejemplo narcotizar a la víctima y luego yacer con ella. Por este motivo, pensamos que en este caso la disposición comprende dos situaciones: aquella en que el delincuente ejecuta una sola conducta –yacer–, como asimismo en que ejecuta dos conductas, primero privar de sentido a la víctima y luego yacer con ella. En ambos casos el delincuente es sancionado sólo como autor del delito de violación, sin que importe si fue él o no quien privó de sentido a la víctima, por cuanto ésta es una conducta comprendida en la norma.

La tercera hipótesis se configura yaciendo el varón con una mujer menor de doce años. En ésta, el sujeto activo sólo se aprovecha de la minoría de edad de la mujer para realizar la conducta delictiva de yacer con ella. Por lo tanto, sólo se exige la realización de esa única conducta.

LA CONDUCTA EN EL TIPO DE SODOMÍA CALIFICADA

En nuestra legislación la sodomía calificada se encuentra sancionada en los incisos segundo y tercero del artículo 365 del Código Penal.

Esta figura nació como consecuencia de las circunstancias calificantes que estableció la ley 17.727, de 1972, para el delito de sodomía. Según ETCHEBERRY (7), en la sodomía calificada el núcleo de la conducta delictiva es un hecho de sodomía. Aunque el Código Penal no señala lo que significa esta última expresión, la Comisión Redactora dejó expresa constancia de que esta disposición pretendía incluir los actos sexuales realizados entre varones. No hay en la norma ningún verbo que nos dé un indicio acerca de cuál es la conducta de este delito, pero la doctrina y la jurisprudencia, han restringido su significado al acceso carnal entre varones, dejando fuera otros actos de significación sexual, seguramente por estimar que quedaban comprendidos en el delito de abusos deshonestos.

Por todo lo anterior, podemos definir la sodomía calificada como el acceso carnal entre dos varones realizado sin la voluntad de uno de ellos, lo cual significa que la conducta será tener acceso carnal con un varón en contra o sin su voluntad. Esto en general, por cuanto este delito es una figura con pluralidad de hipótesis alternativas, y los conceptos que se emplean en ellas tienen el mismo alcance que respecto del delito de violación. En consecuencia, todo el análisis de la conducta hecho a propósito de este último es aplicable también a la sodomía calificada.

Esto significa, que el tipo aludido exige en la hipótesis primera dos conductas: usar fuerza o intimidación y

tener acceso carnal con la víctima. Claro que en este caso, los actos de fuerza que recaigan sobre la persona de la víctima serán, por lo general, de una entidad mayor que en el delito de

(7) ETCHEBERRY, (n. 1), p. 69

violación, por cuanto en aquél la víctima es un varón y no siendo necesariamente un menor, puede oponer una resistencia más tenaz a la perpetración del mismo. Esto, a su vez, puede llevar a que se produzcan lesiones de mayor consideración.

En las hipótesis segunda y tercera, en cambio, y al igual que en el delito de violación, se exige por lo general una sola conducta –tener acceso carnal con la víctima–, con excepción de la circunstancia de privarla de sentido, que puede ser también una conducta ejecutada por el delincuente.

NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

La culpabilidad es el elemento subjetivo por excelencia, porque se refiere a las circunstancias en que actúa la persona que ejecuta una acción típica y antijurídica. Es, además, un elemento estrictamente personal, ya que nadie puede ser responsabilizado por acciones de terceros si no se cuenta con la posibilidad real de impedirlos. Por esto, se puede definir el elemento culpabilidad como la posibilidad de reprochar a una persona la ejecución de una conducta típica y antijurídica.

Sabemos que existen dos concepciones sobre la culpabilidad, y siguiendo los postulados de la concepción normativa, que es la que hoy acepta la generalidad de la doctrina, podemos decir que son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, el vínculo psicológico o culpabilidad en sentido estricto y la exigibilidad.

Para analizar la naturaleza de la culpabilidad en los tipos de violación y sodomía calificada, debemos recurrir al segundo elemento, esto es, el vínculo psicológico, el cual como sabemos puede asumir la forma de dolo o de culpa. Examinaremos a continuación los delitos de violación y sodomía calificada, para determinar cuál es la clase de culpabilidad que cada uno de ellos exige.

a) Delito de violación:

La primera hipótesis de este delito se configura cuando el sujeto activo yace con la mujer usando fuerza o intimidación. En este caso, hemos determinado que existen dos conductas: usar la fuerza o la intimidación y yacer. La primera conducta se ejecuta como medio para facilitar la ejecución de la segunda, por lo tanto, ambas conductas son queridas por el sujeto.

En esta hipótesis, el autor quiere el acceso carnal y quiere usar la violencia para vencer la resistencia de la víctima; ambas cosas quedan comprendidas dentro de los objetivos que persigue el delincuente. En consecuencia, el acceso logrado con violencia sólo puede realizarse con dolo directo, excluyéndose el dolo eventual y con mayor razón la culpa.

La opinión de la doctrina, es que en esta hipótesis la conducta debe ejecutarse con dolo, excluyendo la posibilidad de una comisión culposa. Sin embargo, no suele plantearse la discusión acerca de la clase de dolo exigida para la configuración del delito en este caso.

En la segunda hipótesis se verifica el yacimiento cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa. En este caso, el sujeto debe querer el acceso carnal y debe conocer el estado de privación de razón o de sentido de la víctima y aprovecharse de estas situaciones. Para la intención de yacer se exige dolo directo, pero para el conocimiento de las situaciones de las que abusa, basta el dolo eventual (el sujeto se representa la producción del hecho típico y acepta en su voluntad esa alternativa para el caso hipotético de que llegue a realizarse). Así ocurrirá por ejemplo, si es que el autor duda respecto a la salud mental de la víctima,

pero aun así ejecuta la acción (8).

La circunstancia de que la mujer se halle privada de razón debe ser manifiesta o conocida por el autor, pues de lo contrario éste incurriría en error de tipo, esto es, ignoraría uno de los elementos objetivos que integran el tipo respectivo. Por tratarse de un error inevitable, se excluye el dolo y también la culpa, lo que significa que el elemento culpabilidad queda totalmente excluido. No piensa así MUÑOZ CONDE (9), quien dice que si el autor cree erróneamente que la mujer no está privada de razón o de sentido, es posible la comisión culposa. Esta solución, por cierto, carece de sustento en el derecho nacional.

Ahora bien, respecto al caso en que la víctima se halle privada de sentido, vimos que puede tratarse de una situación provocada por el autor, o bien haberse aprovechado éste de esa circunstancia. En el caso que sea el autor quien ha puesto a la víctima en el estado de privación de sentido con el

(8) ETCHEBERRY, (n. 1) p. 60; LEVENE (h), (n. 10) p. 190.

(9) MUÑOZ CONDE, (n. 7) p. 349.

objeto de lograr el acceso carnal involuntario, es obvio que debe haber actuado con dolo directo.

La hipótesis tercera consiste en yacer con una mujer menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos casos anteriores. También en esta hipótesis el sujeto activo debe querer el acceso carnal y conocer el hecho de la minoría de edad de la víctima. Para el propósito de llegar al acceso carnal se exige dolo directo, y para el conocimiento de la edad de la menor es suficiente el dolo eventual (10).

Hay quienes piensan que en este caso es posible la comisión culposa si el autor incurre en un error evitable sobre la edad de la víctima (11), posición que obviamente no compartimos, porque en caso de concurrir el error, se elimina la posibilidad de castigo a título de dolo y no existe un tipo culposo paralelo, como claramente lo demuestran los términos restrictivos en que aparecen redactados los artículos 490 y siguientes del Código penal.

Por otra parte, hay autores que piensan que si se trata de un error inevitable o excusable que reúna ciertas condiciones, por ejemplo si la menor aparenta más de doce años, éste servirá de excusa, pues en este caso se excluye el elemento culpabilidad (12).

b) Delito de sodomía calificada:

(10) ETCHEBERRY, (n. 1) p. 60; LEVENE (h), (n. 10) p. 190 s.; SOLER, (n. 5) p. 346.

(11) BUSTOS RAMIREZ, (n. 12) p. 139; MUÑOZ CONDE, (n. 7) p. 349.

(12) FONTAN BALESTRA, (n. 7) p. 255; SOLER, (n. 7) p. 346.

En la primera hipótesis, es decir, aquella que requiere fuerza o intimidación sobre la víctima, y tal como ocurre en el caso de la violación, se exige dolo directo para ambas conductas: tener acceso carnal y usar la violencia, ya que ambas son el objetivo del autor.

Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa también es aplicable lo dicho respecto a esta misma circunstancia en el delito de violación, haciendo la salvedad de que en el caso de que el sujeto activo incurra en un error excusable respecto a la salud mental de la víctima, se excluye la culpabilidad en el delito de sodomía calificada, pero el sujeto será sancionado por el delito de sodomía simple.

En la tercera circunstancia, es decir, cuando el varón que es víctima del delito tiene menos de catorce años, el acceso carnal debe ejecutarse con dolo directo, pero respecto del conocimiento de la minoría de edad de la víctima, basta una posición anímica calificable de dolo eventual. La eximente que se configura por incurrir el autor en un error de tipo excusable respecto a la edad de la víctima, lo beneficia sólo en relación al delito de sodomía calificada, pero subsiste la conducta de tener acceso carnal con un varón, lo que configura el delito de sodomía simple. En estas circunstancias, será sancionado el autor y no así el menor, pues se trata de un inimputable.

Haciendo un resumen de lo expuesto, podemos concluir en primer lugar, que los delitos de violación y sodomía calificada sólo pueden ser cometidos con dolo. Para ser más precisos, la conducta de tener acceso carnal, así como las de usar la violencia y privar de sentido a la víctima, deben ejecutarse con dolo directo; bastando en cambio, el dolo eventual para el conocimiento de determinadas circunstancias que rodean la comisión de estos delitos. Por último, en ningún caso podrá sancionarse su comisión culposa, por no existir en nuestra legislación tipos culposos paralelos.

CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

El dolo puede definirse como la voluntad de ejecutar el hecho típico, con pleno conocimiento de todos los elementos que integran el tipo y de la ilicitud de la conducta ejecutada. Por lo tanto, el dolo consta de dos partes: el conocimiento (elemento cognoscitivo) y la voluntad (elemento volitivo). El primero supone conocimiento de cada uno de los elementos objetivos del tipo respecto y conocimiento de la antijuridicidad, es decir, la conciencia que tiene una persona respecto de la ilicitud del hecho que ejecuta.

Habiendo descartado la posibilidad de que los delitos de violación y sodomía calificada pueden cometerse con culpa, al analizar el contenido de la culpabilidad, nuestro análisis tendrá por objeto precisar cuál es el contenido del dolo.

En la primera hipótesis, el dolo en su aspecto volitivo, consiste en la voluntad de ejecutar las conductas exigidas en la norma, esto es, la voluntad de realizar el acceso carnal y de utilizar la violencia para lograrlo. En el aspecto cognoscitivo por su parte, consiste en la conciencia que ha de tener el sujeto activo de estar actuando en contra de la voluntad de la víctima al imponerle el acto sexual.

En las otras dos hipótesis, desde el punto de vista volitivo, el dolo consiste en la voluntad de tener acceso carnal con la víctima y en determinados casos, consiste además en la voluntad de privarla de sentido; y en el aspecto cognoscitivo, éste consiste en el conocimiento que tiene el autor del estado de privación de razón o de sentido de la víctima, o del hecho de ser ésta menor de doce años en la violación y menor de catorce años en el caso de la sodomía calificada.

Por lo tanto, en ambos delitos sólo se requiere el dolo propio de los mismos, sin que sea necesaria la concurrencia de alguna intención particular que acompañe el obrar del sujeto activo, como ocurre en otros delitos. No interesa cuál pueda haber sido el móvil del sujeto para actuar de esa manera, de modo que puedo haber llevado a cabo la violación o la sodomía calificada para desahogo de su líbido, por venganza, por el deseo de tener descendencia, o por cualquier otro motivo.

LAS LESIONES COMO RESULTADO EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN

El principio de absorción está íntimamente ligado al concurso aparente de leyes penales, puesto que es uno de los criterios utilizados por la doctrina para dar solución a los problemas que se presentan en esa materia.

Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un mismo hecho, en apariencias, cumple las exigencias de dos o más tipos penales, de los cuales uno solo es aplicable porque los otros resultan excluidos. Esto es, si existen varios tipos penales aplicables a un solo hecho y estos tipos son incompatibles entre sí, estamos en presencia de un concurso aparente de leyes que habrá que resolver determinando cuál de los tipos es el correcto. Aunque externamente tiene mucha semejanza con los concursos de delitos, éste es más bien un problema de interpretación y aplicación de ley.

Entre los distintos criterios de solución que ha propuesto la doctrina, sobresalen dos: el principio de especialidad, que es un criterio de carácter lógico y se aplica en aquellos casos de concurso aparente en que las normas en conflicto están en relación de género a especie, prevaleciendo la norma especial sobre la general; y el principio de absorción, que es un criterio de índole valorativo, basado en la gravedad de las infracciones en juego.

De conformidad con el principio de absorción cuando la ley, al tipificar un hecho determinado, ha tomado en consideración la gravedad o disvalor de otras conductas que normalmente acompañan al hecho más grave –ya sea como antecedente, como medio de ejecución, como consecuencia, como etapas de desarrollo, etc., debe aplicarse solamente el tipo principal. Por lo tanto, aquellas conductas anexas a la principal resultan absorbidas por ésta y no son penadas independientemente. La ley de superior valoración consume o absorbe todo el antijurídico de los hechos subordinados, porque esa valoración más alta tiene contemplado un antijurídico de mayor alcance y gravedad que abarca aquél, o que lo supone al menos como probable (13).

El principio de absorción, como ya lo hemos adelantado, es de carácter axiológico o valorativo y es por esto que su aplicación presenta mayores dificultades que el de especialidad. Pero, cuando se presenta un conflicto que puede ser solucionado utilizando cualquiera de estos dos principios y su aplicación sucesiva conduce a resultados contradictorios, debe prevalecer el principio de absorción; porque, en efecto, el telos de la ley se orienta según valores y no atendiendo a puros engarces lógicos (14). Ahora bien, para determinar si uno de los tipos concurrentes contiene el disvalor delictivo del otro u otros, es importante considerar los bienes jurídicos protegidos por ello; pero no es éste el único factor susceptible de ser considerado: constituyen también criterios de referencia la gravedad de los delitos y la cuantía de las penas asignadas a éstos.

Este principio puede ser aplicado en aquellos casos en que las figuras típicas están en relación de parte a todo, de formas imperfectas a formas perfectas, de etapas de desarrollo a formas acabadas y, en general, siempre

(13) NOVOA, Curso de Derecho Penal Chileno (Santiago, 1966) 2, p. 291.

(14) CURY, Derecho Penal Parte General (Santiago, 1984) 2, p. 293.

que la gradación valorativa considerada por el legislador para ellas, es de menos a más.

Aplicando este principio, hay casos de concurso aparente de leyes penales en que siempre vamos a concluir que una de las normas resulta excluida, puesto que es absorbida por otra principal, y esto ocurre en los siguientes casos:

- a) Las etapas más avanzadas de desarrollo del delito absorben a las menos avanzadas, es decir, el delito consumado absorbe al delito frustrado y éste absorbe a la tentativa.
- b) Los grados de participación más importantes absorben a los menos importantes, por lo tanto, la calidad de autor absorbe a la de cómplice, si concurren en la misma persona, y ambas desplazan a la de encubridor.
- c) Los delitos de lesión absorben a los delitos de peligro que los han precedido.

d) En los casos de progresión delictiva en que se atenta varias veces contra un mismo titular de bienes jurídicos, las acciones más graves absorben a las más leves. Por ejemplo si A injuria a B, luego lo lesiona y finalmente lo mata, aquél sólo será sancionado como autor de homicidio.

e) Los hechos no autónomos son absorbidos por el hecho principal del cual dependen. Por ejemplo si A encierra a una persona en su casa para poder robar sus pertenencias, A es castigado como autor de robo con violencia en las personas y no como autor de robo y de secuestro. Sin embargo, este principio no se aplica cuando la infracción dependiente, considerada aisladamente resulta con mayor pena que la infracción principal.

Es importante señalar, que las lesiones que se producen como resultado en los delitos de violación y sodomía calificada, se sitúan en este último caso de concurso aparente de leyes, por tratarse precisamente de hechos no autónomos, sino dependientes de los delitos ya mencionados.

Finalmente, debemos agregar que aunque el principio de absorción no ha sido formulado de manera expresa por el legislador chileno, aparece implícitamente reconocido en algunas disposiciones legales. La manifestación más clara la encontramos en el texto del artículo 63 del Código Penal, que dispone:

No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

Entre otros, también se basan en este principio los artículos 16 y 17 del Código Penal, en cuanto excluyen de responsabilidad por complicidad y encubrimiento, respectivamente, a los autores y a los autores y cómplices.

CONTENIDO DE LA ABSORCIÓN

En los delitos de violación y sodomía calificada, es normal que las víctimas sufran ciertas lesiones por la violencia ejercida en su contra por el delincuente, dependiendo del grado de violencia estas lesiones podrán ser: las lesiones graves gravísimas del artículo 397 inciso primero del Código Penal (si la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme); las simplemente graves del inciso segundo del mismo artículo (enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días); las menos graves del artículo 399; y por último las lesiones leves del artículo 494 N° 5 (aquellas que en concepto del tribunal no estén comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho).

De acuerdo con ese esquema, surge la necesidad de determinar respecto de la violación y la sodomía calificada, cuáles son las lesiones que quedan absorbidas por el delito principal y cuáles son las que deben ser sancionadas independientemente, en concurso con él.

a) En la violación:

En la primera hipótesis de la violación se exigen dos conductas: usar la violencia y yacer; la violencia puede ser física (fuerza) o moral (intimidación). Si se trata de la primera, ésta podrá ocasionar a la víctima desde la muerte pasando por las lesiones graves y menos graves, hasta las más leves, como por ejemplo, simples magulladuras o hematomas. Por otro lado, la conducta de yacer, que se traduce en el acceso carnal mismo, deja casi siempre ciertos rastros indudables e incluso característicos de este delito en el cuerpo de la víctima tales como rotura del himen, lesiones inguinales e incluso hemorragias u otras lesiones internas.

En la doctrina existen discrepancias en cuanto a determinar hasta qué punto las lesiones producidas a la víctima, serán absorbidas por el delito de violación. Para algunos autores, tanto las lesiones producidas por el acceso carnal mismo, así como aquellas que no constituyen un grave daño a la salud de la víctima, producidas por la violencia para vencer su resistencia, son absorbidas por la violación (15).

Por último, para GONZALEZ RUS (16), la conducta típica del delito de violación, sugiere por sí misma la existencia de un concurso entre éste y las lesiones: como el violador debe actuar a la fuerza y la mujer oponer resistencia, eso vale casi tanto como pedir las lesiones.

En nuestra opinión, para que determinadas lesiones sean absorbidas o consumidas por el delito de violación, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1) Relación con el delito principal: esto significa, que la conducta de usar la fuerza, debe ser el antecedente, el medio de ejecución o la consecuencia de la conducta principal que es yacer, es decir, debe tratarse de una conducta anexa a la principal.

(15) CREUS, Derecho Penal Parte Especial

(16) GONZALEZ RUS, (n. 12) p. 504.

2) Racionalidad en el uso de la violencia para someter a la víctima: este requisito significa que el delincuente debe usar sólo la fuerza necesaria para vencer la resistencia de la mujer, porque el elemento violencia no puede amparar, excluyéndolas de sanción, lesiones de mayor gravedad que pueden producirse por exceso de fuerza.

3) Oportunidad de la ocurrencia de las lesiones: el momento en que se produzcan las lesiones debe ser inmediatamente anterior o coetáneo al acceso carnal, para que se entiendan comprendidas en el tipo principal.

Ahora bien, las lesiones que a nuestro juicio cumplen estos requisitos son las menos graves (artículo 399 del Código Penal) y las leves (artículo 494 N° 5 del Código Penal), puesto que éstas pueden ser consideradas producto de la violencia propia de este delito. Las lesiones menos graves son penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa y las lesiones leves, con prisión en sus grados medio a máximo o con multa. La pena más benigna del delito de violación es la de presidio en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio (artículo 361 inciso primero del Código Penal). Por otro lado, una misma lesión podrá ser considerada menos grave o leve atendiendo a la calidad de las personas y circunstancias del hecho, y esto lo determina el tribunal.

Con respecto a la segunda hipótesis, la privación de sentido de la mujer pudo deberse a un hecho fortuito aprovechado por el violador o bien a la conducta de aquél de suministrarle ciertas sustancias o bebidas que le provocaran dicho estado para facilitar la violación. En este último caso, cabe preguntarse cómo deben sancionarse las posibles lesiones ocasionadas a la víctima como consecuencia del consumo de dichas sustancias o bebidas. Pensamos que si la conducta de privar de sentido a la víctima es un medio de facilitar la ejecución de la conducta principal –yacer–, entonces, aquélla es una conducta anexa que debe ser absorbida por la violación, como asimismo lo serán las lesiones ocasionadas por esa conducta. Pero, si estas lesiones son las del artículo 397 del Código Penal –lesiones graves–, debemos aplicar el artículo 398 del mismo cuerpo legal que sanciona la conducta de administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, y en este caso estaremos frente a un concurso de delitos.

En consecuencia, podemos concluir que las lesiones producidas por el consumo de sustancias o bebidas nocivas suministradas por el autor de la violación, sólo serán sancionadas en forma independiente si se trata de lesiones graves del artículo 397 del Código Penal .

b) En la sodomía calificada

En este delito, la primera hipótesis contempla el uso de la fuerza o violencia material como medio de consumar la acción delictiva. La cópula anal llevada a cabo por la fuerza, seguramente le provocará ciertas lesiones a la víctima, y con mayor razón si se trata de un menor. Por otro lado, el uso de la fuerza física para vencer la resistencia del sujeto pasivo, que en este caso por tratarse de un varón será de mayor envergadura, le provocará también lesiones de diversa consideración. Todas estas lesiones serán absorbidas o no por el delito principal, dependiendo de su gravedad, por lo tanto al igual que en el delito de violación, y por los mismo motivos, las lesiones leves y las menos graves serán absorbidas por la sodomía calificada. Sin embargo, aquellas lesiones de mayor gravedad y que excedan el mínimo considerado como necesario para integrar el concepto de violencia, concurrirán como delito independiente.

LA MUERTE COMO RESULTADO EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

SITUACIÓN PREVIA AL DECRETO LEY N° 2967 DE 1979

El decreto ley N° 2967 de 1979, introdujo modificaciones al Código Penal, por un lado incrementando las penas de los delitos de violación y sodomía calificada, y por otro, creando una nueva figura delictiva –el artículo 372– que sanciona al que cometiendo uno de los delitos mencionados, causare, además, la muerte de la víctima.

En este punto, consideramos interesante revisar cuáles eran las soluciones aplicadas, antes de la dictación de esta norma, en aquellos casos en que se producía la muerte de la víctima de un delito de violación o de sodomía calificada.

El criterio era en general el siguiente: si como consecuencia del ejercicio de la fuerza en un delito de violación, se produce la muerte de la mujer, se trata de un delito preterintencional, ya que dicha muerte va más allá de las intenciones del autor. Entonces, la sanción, por tratarse de un solo hecho que da lugar a dos delitos: uno doloso (violación) y uno culposo (cuasidelito de homicidio). De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, se impone la pena mayor asignada al delito más grave. Distinta es la situación cuando el violador mata a su víctima con el propósito de lograr su silencio, encubrir el delito, o simplemente porque sí; en estos casos, el homicidio le es imputable al violador a título de dolo y concurre materialmente con la violación.

Con respecto a la muerte de la víctima como consecuencia de un delito de sodomía calificada, el criterio es el mismo que en el caso de la muerte como consecuencia de una violación, y esto debido a la similitud de ambos delitos.

FINES DE LA INCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 372

Esta norma nació como fruto de un hecho delictivo que causó gran conmoción pública, sobre todo porque la víctima fue un menor. Hizo que el legislador dictara el decreto ley N° 2967 creando una nueva figura delictiva contemplada en el artículo 372.

Por otro lado, en los considerandos de este decreto ley se dice que debido a que los atentados sexuales contra menores de edad son frecuentes y que además éstos les provocan alteraciones de orden síquico, se hace necesario reprimir y sancionar con la mayor rigurosidad dichos atentados, especialmente cuando con ocasión de ellos resulta la muerte de la víctima. Los fines de la inclusión de este artículo son reprimir y sancionar con la máxima severidad la ocurrencia de hechos delictivos como los descritos en la norma y para esto se ha impuesto una penalidad que es la de presidio perpetuo.

LA DISPOSICIÓN EN SU ASPECTO OBJETIVO

Artículo 372 bis El que con motivo u ocasión de violación o de sodomía, causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo.

El sujeto activo de este delito debe ser un varón, puesto que la palabra además sugiere que la misma persona que comete el delito de violación o de sodomía calificada, es quien da muerte a la víctima, y en estos delitos el autor directo sólo puede ser un varón. En cambio, respecto al sujeto pasivo, éste puede ser varón o mujer, sin interesar su edad ni otras circunstancias de índole personal.

Con respecto a la conducta, estamos frente a un tipo copulativo, por cuanto exige la concurrencia de dos conductas para su configuración. Estas conductas son: tener acceso carnal con la víctima y causar la muerte de la misma.

Violación y sodomía son elementos normativos del tipo, de índole jurídica. Hacemos esta afirmación, puesto que antes de aplicar esta norma, es necesario hacer un examen para determinar si efectivamente se cometió un delito de violación o de sodomía calificada en la persona de la víctima. La norma habla de violación y de sodomía en términos generales: pensamos que con respecto a la violación no hay problemas, puesto que efectivamente puede producirse la muerte de la víctima como consecuencia de una violación propia así como de una violación impropia. Por ejemplo, se puede producir la muerte de la víctima por una hemorragia interna; o bien por una sobredosis de drogas suministradas por el sujeto activo para facilitar el acceso carnal con la víctima. Pero respecto al delito de sodomía no queda tan claro, ya que cabe preguntarse si también se incluye en este artículo el delito de sodomía simple. Es decir, si también se debe sancionar, aplicando el artículo 372 bis, a aquél que con ocasión de mantener una relación homosexual voluntaria, da muerte al otro, quien es coautor del delito de sodomía simple. Pensamos que esta norma se refiere únicamente a la sodomía calificada, ya que ésta puede ser equiparada a la violación, tanto en la ausencia de voluntad de la víctima así como en la penalidad. En cambio, la sodomía simple es un delito pluripersonal que supone la participación voluntaria de ambos sujetos y tiene una pena inferior, por lo tanto sería injusto aplicar este artículo.

En el caso del artículo 372 bis, la muerte de la víctima puede producirse como consecuencia de las violencias u otros medios empleados por el autor para facilitar el acceso carnal; o bien después de realizado éste, con el objeto de lograr la impunidad. Es preciso que el atentado sexual preceda a la muerte; las violencias pueden tener lugar antes, durante o después de la comisión de los delitos de violación o de sodomía calificada, pero la muerte de la víctima no debe producirse antes, ya que no se configuran estos delitos sobre un cadáver.

LA DISPOSICIÓN EN SU ASPECTO SUBJETIVO

En relación con el análisis de la culpabilidad en el delito que nos ocupa, podría pensarse por algunos que la figura del artículo 372 constituye un delito calificado por el resultado, ya que aparentemente reúne las características formales de este tipo de delitos: un delito base doloso o culposo (la violación o la sodomía calificada), un resultado que se manifiesta en un hecho típico autónomo (muerte de la víctima) y un nexo o vínculo entre ambos, de modo que se puede afirmar que el resultado es consecuencia de la actividad desplegada por el agente en el delito base. Además en estos delitos se utilizan normalmente expresiones como causar, a consecuencia de, resultare, etc. para unir el delito base y el resultado.

Sabemos que los delitos calificados por el resultado son una excepción al principio de culpabilidad, ya que son delitos en los cuales se impone una pena más severa al autor sólo por el hecho de haberse producido un resultado más grave, sin considerar la posición anímica de aquél respecto de ese resultado.

Nuestra opinión coincide con la de quienes estiman que el Código Penal no contempla figuras de delitos

calificados por el resultado, ya que el artículo 1º de este cuerpo legal exige voluntariedad respecto de todos los resultados, el artículo 2º determina que los delitos se cometen con dolo o malicia y los cuasidelitos con culpa, y en lo que respecta al caso fortuito, aunque el artículo 10 N° 8 exime expresamente de responsabilidad a quien con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, no significa que deba ser responsable por el caso fortuito, aquél que cometiendo un acto ilícito (delito o cuasidelito) causa un mal por mero accidente, ya que en este caso el autor no habrá actuado voluntariamente respecto al resultado accidental y por lo tanto no es responsable por éste. En todo caso en lo que respecta a la figura en estudio, ésta exige la concurrencia copulativa de dos conductas para que se configure el tipo, lo que descarta la posibilidad de que la muerte se produzca como una consecuencia fortuita.

Sin embargo, como el artículo 372 fue incorporado al Código Penal en el año 1979, existe la posibilidad de que el legislador de esa época lo hubiera concebido como un delito calificado por el resultado, puesto que el principio de culpabilidad no estaba expresamente consagrado en la Constitución de 1925. Pero, a la luz de la normativa vigente y desde que empezó a regir la Constitución de 1980, el principio de culpabilidad tiene rango constitucional. Aunque en forma indirecta y sólo en sus líneas más fundamentales, dicho texto legal consagra este principio, al disponer que nadie puede ser sancionado penalmente sin que se compruebe su intervención en un delito y que además no puede imponerse sanción en virtud de una norma que dé por concurrente alguno de los presupuestos de responsabilidad criminal. Por lo tanto, ya sea como elemento del delito o como presupuesto de la responsabilidad penal, la culpabilidad tiene actualmente jerarquía constitucional y en ese sentido debe ser respetada por el legislador.

En conclusión, pensamos que toda la discusión de la doctrina acerca de esta materia ya no tiene sentido, ya que así como en la actualidad no podría dictarse una ley que creara delitos calificados por el resultado, aquellas posibles figuras vigentes que para algunos contemplan dichos delitos, tampoco podrían ser aplicadas a una persona a quien no se le pueda reprochar subjetivamente la totalidad de los resultados previstos en la figura. Por este motivo, el artículo 372 no puede ser considerado un delito calificado por el resultado y sólo podrá ser aplicado respecto de aquellas personas que hayan ejecutado culpablemente las dos conductas previstas en la norma: tener acceso carnal con la víctima y causarle la muerte.

Corresponde entonces, hacer un análisis de la culpabilidad respecto de cada una de estas conductas.

1) La primera de las conductas, es decir, el acceso carnal con la víctima, puede configurar un delito de violación o uno de sodomía calificada, dependiendo del sexo de aquélla. Recordemos que respecto a este tema, concluimos que ambos delitos deben cometerse con dolo, específicamente dolo directo, aceptándose el dolo eventual sólo para el conocimiento de la minoría de edad de la víctima.

2) La segunda conducta de esta figura consiste en causar la muerte de la víctima del delito de violación y de sodomía calificada. Esta conducta puede llevarse a cabo ejerciendo violencia física sobre la víctima o suministrándole alguna bebida o sustancia nociva que le provoque la muerte.

Sabemos que esta conducta debe ser culpable, lo que hay que determinar ahora es la forma que asume dicha culpabilidad: dolo o culpa. Creemos que se debe descartar la culpa, ya que si admitiéramos que en este delito se puede causar la muerte en forma culposa, tendríamos que concluir que se trata de un delito preterintencional expresamente sancionado. Actúa en forma preterintencional quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave. Siendo éste el caso, la sanción prescrita para esta figura sería demasiado alta para este tipo de delitos que cuando no se encuentran expresamente sancionados, deben castigarse de acuerdo con la fórmula prevista para el concurso ideal de delitos: pena mayor asignada al delito más grave (artículo 75 del Código Penal). Entonces, en este caso se debería sancionar como delito de violación o de sodomía calificada y cuasidelito de homicidio, lo que significaría una pena significativamente inferior a la que tiene en realidad la figura que nos ocupa, que además es una de las más altas que contiene nuestro Código Penal.

Ya que descartamos la culpa y el caso fortuito, podemos afirmar, entonces, que la conducta de causar la muerte debe ejecutarse con dolo. Este dolo, sin embargo, puede ser directo o eventual. Se ejecutará esta conducta con dolo directo cuando el autor del delito de violación o de sodomía calificada quiere además, la muerte de la víctima, es decir, sus objetivos serán dos: violar y matar; por otra parte, se ejecutará con dolo eventual, cuando el sujeto activo aún cuando no tiene como objetivo la muerte de la víctima, se la representa y la acepta para el caso hipotético de que se produzca. Ocurrirá esto último, por ejemplo, cuando un individuo viola a una menor y para facilitar la ejecución de este delito, golpea en forma brutal y excesiva a la víctima, lo que le produce la muerte, aunque esto último no haya sido uno de los objetivos de la actuación, pero siempre que el sujeto lo haya aceptado mentalmente.

En resumen, podemos concluir que el artículo 372 exige que ambas conductas sean ejecutadas con dolo, la primera sólo con dolo directo y la segunda con dolo directo o eventual. No obstante que la redacción de este artículo no es la más adecuada, pensamos que aquella afirmación es la que guarda mayor armonía con la excesiva penalidad de esta figura.

CONSECUENCIAS DE SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Como consecuencia de la incorporación del artículo 372 en nuestro Código Penal, en todos aquellos casos en que se causa dolosamente la muerte de la víctima de un delito de violación o de sodomía calificada –por ejemplo, cuando el agente viola y luego mata a la víctima para lograr su silencio, o cuando ejerce tal violencia para lograr el acceso carnal que termina por matarla, etc.– ya no se debe recurrir a la figura del concurso material de delitos para determinar la sanción aplicable, sino que se debe aplicar directamente la pena prevista en este artículo. Pero, en cambio, no se aplica en aquellos casos en que la muerte de la víctima va más allá de las intenciones del sujeto activo (figuras preterintencionales), los que seguirán sancionándose de acuerdo con el artículo 75 del Código Penal.

Ahora bien, lo anterior es en teoría, pero en la práctica pensamos que esta norma no ha sido muy efectiva. En primer lugar, en estos delitos lo más frecuente es que la muerte de la víctima se produzca de manera preterintencional y en estos casos, paradójicamente, no se aplica esta disposición; por otra parte es tan sutil la diferencia entre el dolo eventual y la culpa, y tan alta la penalidad de esta figura, que probablemente se prefiera no recurrir a ella para no cometer una injusticia que podría ser irreparable. Esto último se demuestra con el hecho de que en el tiempo que lleva rigiendo esta norma, no se ha sabido de ningún caso en que se haya condenado a alguien conforme a ella.

CONCLUSIONES

De los resultados que pueden producirse como consecuencia de los delitos de violación y de sodomía calificada, no cabe duda, que la muerte es el más grave e irreparable. Consciente de esto y presionado además por circunstancias del momento, es que el legislador creó en 1979 el artículo 372, con el objeto de sancionar con la máxima severidad a quien con motivo u ocasión de uno de estos delitos causare, además, la muerte de la víctima.

Coincidimos plenamente en la necesidad de un castigo severo para quienes cometan dicho delito, pero encontramos, sin embargo, que la inclusión del artículo 372 en nuestro Código Penal, no fue la solución más acertada, ya que a nuestro juicio es una norma que tiene varios defectos.

En primer lugar, incurre en error al hablar de sodomía en términos generales, –El que con motivo u ocasión de violación o de sodomía,...– ya que como vimos cuando analizamos esta disposición en su aspecto objetivo, al hablar de sodomía en estos términos se induce a pensar que es aplicable a quien causa la muerte a otro, tanto con motivo u ocasión de sodomía simple como de sodomía calificada, lo que, sin lugar a dudas, no es así.

Efectivamente, pensamos que no es posible aplicar esta norma en el primero de los casos, ya que la sodomía

simple es un delito en el que hay participación voluntaria de ambos sujetos, no existe violencia de por medio y tiene una pena más bien baja. Por lo tanto, no puede equipararse ni a la violación ni a la sodomía calificada. Además, esta disposición habla de causar la muerte del ofendido y en el delito de sodomía simple no hay un ofendido, sino do autores. Entonces, a pesar de que el artículo 372 no lo dice claramente, es obvio que cuando habla de sodomía, no puede referirse sino exclusivamente al delito de sodomía calificada.

En materia de redacción, no nos parece apropiado el empleo de la expresión causar la muerte, ya que es muy amplia y puede prestarse para diversas interpretaciones. Por ejemplo, se podría inducir a pensar que es posible causar la muerte en forma culposa o en forma casual. Incluso dijimos que expresiones como esa se utilizan, normalmente, para unir el delito base y la consecuencia en los delitos calificados por el resultado, lo que podría llevar a pensar que el artículo 372 configura un delito de esa naturaleza, interpretación que fue desvirtuada, en su oportunidad. Por estas razones, hubiera sido preferible que el legislador utilizara una redacción similar a la del robo calificado, que habla de cometer homicidio, lo que habría evitado el problema de las interpretaciones en materia de culpabilidad, restringiendo la aplicación de la norma sólo a quienes han actuado dolosamente. Esto porque al hablar de cometer homicidio queda claro que el sujeto debe haber actuado con dolo.

Respecto de la penalidad, estimamos que esta norma establece una pena bastante elevada e incluso podemos decir que desproporcionada. De no existir el artículo 372, si una persona falleciera con motivo u ocasión de violación o de sodomía calificada, y se tratara de un concurso material de delitos, la sanción aplicable sería la suma de las penas de ambos delitos y dicha suma está lejos de provocar las drásticas consecuencias de la aplicación de dicho artículo.

Ahora bien, con respeto a los otros resultados conexos a los delitos de violación y de sodomía calificada, diversos de la muerte, sabemos que es posible que la víctima sufra lesiones de diversa consideración, e incluso un aborto, si se trata de una mujer. En materia de lesiones, vimos en su oportunidad que delitos como los mencionados, que se caracterizan por incluir el elemento violencia, provocan generalmente, en la víctima, lesiones que pueden ir desde las graves, gravísimas del artículo 397 N° 1 del Código Penal hasta las leves del artículo 494 N° 5. Es por esta misma razón que el aborto puede llegar a ser la consecuencia de un delito de violación.

Nos preguntamos, entonces, por qué el artículo 372 incluyó solamente el resultado muerte, dejando fuera las lesiones y el aborto que como vimos, son resultados con mucha probabilidad de producirse con motivo u ocasión de violación o de sodomía calificada. Por qué, por ejemplo, no se incluyeron las mismas lesiones sancionadas en delitos como el robo calificado (artículo 433) o la sustracción de un menor (artículo 142) que contemplan más de un resultado: homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1; o por qué no se incluyó la figura del aborto del artículo 342 N° 1 (única compatible con el artículo 372 bis). Pensamos que la respuesta a estas interrogantes, es que el legislador presumiblemente ante la conmoción y presión pública provocada por un hecho puntual, no pensó en otro resultado más que en la muerte del ofendido, lo que probablemente fue mejor, ya que en los términos que está redactada la norma en estudio, brindándole al Juez un mínimo margen para graduar la pena, su aplicación (si incluyera otros resultados) podría generar graves injusticias.

Vemos así que el artículo 372 presenta varios problemas, los que a nuestro parecer se deben a la deficiente construcción del tipo penal y esto a su vez se debe a que, esta norma nació debido a un hecho que causó gran conmoción pública, lo que motivó al legislador de la época a actuar rápidamente para satisfacer los requerimientos de la población que clamaba por justicia. Por esta razón la incorporación de esta norma en nuestro Código Penal, no fue producto de un estudio intenso y objetivo, como lo requiere la elaboración de cualquier ley, sino que estuvo influida por criterios emocionales. Sólo se pensó en la gravedad del hecho ocurrido, en que la víctima era un niño de corta edad, en que la comunidad estaba alarmada y exigía sanciones ejemplarizadoras. Fue en esas condiciones que se elaboró la reforma del Código Penal que en lo medular

significó la creación del artículo 372.

Por último, por las razones señaladas, pensamos que esta norma requiere de una labor interpretativa muy seria con el objeto de evitar posibles injusticias.

BIBLIOGRAFIA

BUSTOS RAMIREZ, JUAN Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1986.

CREUS, CARLOS Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires 1983.

ETCHEBERRY, ALFREDO Derecho Penal. Tomo I. Parte General, Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1976.

ETCHEBERRY, ALFREDO Derecho Penal. Tomo IV. Parte Especial, Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1976.

FONTAN BALESTRA, CARLOS Delitos Sexuales. Ediciones Araya, Buenos Aires 1953.

LABATUT GLENA, GUSTAVO Derecho Penal. Tomo I. Parte General, Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1976.

LABATUT GLENA, GUSTAVO Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1977.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Derecho Penal. Parte Especial, Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1976.

NOVOA MONREAL, EDUARDO Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I. Parte General, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago 1985.

SOLARI CAMPOS, PATRICIA El Delito de la Violación. Memoria Universidad Católica de Chile 1967.

SOLER, SEBASTIAN Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1956.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Revista de Derecho y Jurisprudencia

Revista de Ciencias Penales

Índice

PÁGINA

INTRODUCCIÓN 1

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Sistemas de incriminación 3

Sistemas que adopta el Código Penal de Chile 6

CONDUCTA Y CULPABILIDAD EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y DE SODOMÍA CALIFICADA

La conducta en el tipo de violación 10

La conducta en el tipo de sodomía calificada 13

Naturaleza de la culpabilidad en los tipos de 15

violación y sodomía calificada

Contenido de la culpabilidad en los tipos de 20

violación y sodomía calificada

LAS LESIONES COMO RESULTADO EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

El principio de absorción 22

Contenido de la absorción 26

LA MUERTE COMO RESULTADO EN LOS TIPOS DE VIOLACIÓN Y SODOMÍA CALIFICADA

Situación previa al Decreto Ley N° 2967 de 1979 31

Fines de la inclusión del artículo 372 bis 32

PÁGINA

La disposición en su aspecto objetivo 32

La disposición en su aspecto subjetivo 34

Consecuencias de su inclusión en el Código Penal 38

CONCLUSIONES 40

BIBLIOGRAFÍA 44