

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

**Biblioteca del Congreso Nacional de Chile
Unidad de Estudios y Publicaciones
Patricia Canales con Virginie Loiseau
Nº 77 marzo 1994**

Introducción

Sin duda existe, en el acto de legislar propiamente tal, un nivel valorativo previo en que el legislador decide cuales han de ser las conductas penadas y las que no. En una sociedad democrática, al encarar legislativamente la cuestión sexual, cualquier valoración que se haga, ha de partir de una concepción positiva de la sexualidad y estar basada en la protección de la libertad, esto es, ajena a contenidos morales o religiosos.

En esta configuración, el forzar una determinada relación sexual, necesita de un especial enfoque valorativo, en cuanto supone despojar a la víctima de la libre disposición de una esfera vital, estrechamente vinculada a la autorrealización personal.

La Unidad de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional, al elaborar este trabajo, ha tenido presente que, el Derecho Comparado, contrastando los diversos sistemas jurídicos, además de proporcionar una visión general del Derecho, amplía las alternativas que se manejan para la solución de los problemas presentes.

Las legislaciones tratadas -España, Argentina, Italia y Francia-, muestran regulaciones que, aun cuando parecidas en el fondo, revelan importantes diferencias, según su mayor o menor concordancia con el Derecho Penal moderno.

España

Código Penal de 1989:

Artículo 429.- "La violación será castigada con pena de reclusión menor.

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

1.- Cuando se usare fuerza o intimidación.

2.- Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su

enajenación.

3.- Cuando fuere menor de doce años cumplidos aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal, la centenaria denominación "De los delitos contra la honestidad" ha dejado paso a la de "Delitos contra la libertad sexual", para respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido. Por otra parte, y pese a que caben interpretaciones del término "honestidad" que resalten sus connotaciones de valor social, predomina en el Derecho su entendimiento como una cualidad del individuo, que sólo se destruye por sus propios actos y no por las eventuales agresiones sexuales que su poseedor pueda sufrir.

Bien jurídico protegido: la libertad sexual

La libertad sexual, tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, ambas complementarias. En la primera, se atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás. En la segunda, el acento recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual. El Derecho Penal considera ambas vertientes.

Por otra parte, cuando se habla de libertad, no se protege únicamente la capacidad de actuar, sino además la seguridad de la libertad, esto es, el derecho de la persona de estar exento o libre de cualquier daño de índole sexual, lo que en doctrina moderna se conoce como "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Según esta idea, proveniente de la doctrina italiana y luego desarrollada por los autores españoles, en determinadas hipótesis de los delitos sexuales (persona privada de sentido, enajenada o menor de doce años), no se puede afirmar que se proteja la libertad en cuanto a que la víctima carece de esa libertad o, aun si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. Esta libertad, presupone, en cuanto "libertad valorativa" que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De esto deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por lo tanto no podrá ser violada o menoscabada.

"A partir de este planteamiento surge la idea de 'intangibilidad' o 'indemnidad' sexuales, como bien jurídico protegido en estos preceptos. Es decir, la Ley considera sexualmente intocables a personas que poseen determinadas cualidades o que se

encuentran en determinadas situaciones, y las protege en consecuencia; sería el derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual". (Diéz Ripollés, 1985, p.24-26).

Antes de entrar al análisis del sistema español, es necesario hacer presente que la libertad sexual no se tutela en su integridad ni en exclusiva en el artículo 429, ya que, en él, se la ampara sólo frente a ataques específicos, referidos al acceso carnal, ligados a algunas de las circunstancias que expresa y, para otras clases de agresiones, están previstos otros tipos penales (estupro, agresiones sexuales).

Tipicidad

Los sujetos son indiferenciados. Tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y/o pasivos de la violación. El comportamiento está referido tanto a la actividad heterosexual como homosexual; es necesario acceso carnal, esto es, penetración del pene, por una de las vías prefijadas: vaginal, anal o bucal.

Antes de la reforma de 1989, el término empleado en el artículo 429, era "yaciendo" y el sujeto pasivo debía ser una mujer, por lo tanto el núcleo de la conducta punible, era el coito vaginal heterosexual, y los demás comportamientos caían dentro de los abusos deshonestos. El Código vigente ha sustituido el término "yaciendo" por el de "acceso carnal", dándole una significación bastante amplia.

Siguiendo a Orts Berenguer (1992), "desde el punto de vista gramatical el término acceso carnal se relaciona con la idea de llegada, entrada, ataque; la expresión acceso carnal viene a ser equivalente a cópula, a coito, que no es, desde luego, la equivalencia que el legislador ha querido atribuirle, ya que la ha dotado de una más dilatada. Pero para que se pueda hablar de acceso carnal en el área del artículo 429, es imprescindible la intervención de un varón, de tal manera que se produzca la penetración de su órgano genital en alguna de las cavidades referenciadas. Sin embargo en la formulación típica la expresión 'acceso carnal' no es sinónima de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que ni es ése su significado gramatical ni puede ser el legal, habida cuenta que no se exige que el sujeto activo tenga que ser hombre. Por lo tanto, el acceso carnal a que se refiere el artículo 429 ha de traducirse por acoplamiento, acoplamiento que habrá de plasmarse en que el órgano genital masculino, resulte introducido en una de las tres cavidades señaladas, siendo indiferente el sexo del autor".

Así las cosas, serán típicas las siguientes hipótesis: autor un hombre, sujeto pasivo una mujer; autor un hombre, sujeto pasivo otro hombre; autor una mujer, sujeto pasivo un hombre. En el último de estos supuestos, cometería violación, la mujer que, con violencia o aprovechando su estado de inconsciencia, hace objeto de una **fellatio** a un varón. Sin embargo, el acto equivalente (cunnilingus) realizado por un hombre a una mujer o por ésta a otra, ha de trasladarse al artículo 430 (agresiones sexuales), que establece una pena sensiblemente inferior. De ahí que gran parte de la doctrina perciba que, no se ha dado un trato rigurosamente igualitario para el hombre y para la mujer, y no se ha diseñado una graduación de las conductas punibles de acuerdo a su gravedad.

Por lo tanto, "y por imperativo legal, el acceso carnal típico comparecerá siempre que se verifique la penetración del órgano genital masculino en el femenino o en la boca o en el ano de un hombre o de una mujer, resultando indistinto el sexo al que pertenezca el sujeto que la ha provocado". (Orts Berenquer)

En el mismo orden de ideas, gran parte de la doctrina española ha sido partidaria de la reforma, esto es, de la ampliación de las conductas sexuales en la violación, para que incluyan, sin dudas, los coitos anales heterosexuales y homosexuales, sea por tratarse de conductas de la misma gravedad, sea porque no existen diferencias radicales entre la naturaleza de un acceso u otro. Sin embargo, también se han mostrado contrarios a la inclusión del coito oral o el vulvar, argumentando que en tales supuestos se estaría ante una hipótesis de masturbación, pudiéndose hablar sólo impropiaemente de penetración. (Diéz Ripollés, 1985).

Con todo, los mismos autores opinan que, de la **ratio** de la violación expresada claramente en la gravedad de la pena (12 a 20 años), resulta que el acceso carnal de una mujer respecto a un hombre, debe ser considerado, en general sólo como una agresión sexual. Pero tratándose de un menor de edad, la intensidad punitiva que exige la protección del bien jurídico lesionado por el delito, está contenida en la violación. (Bustos, 1991, p. 115).

Hoy día, ya no hay discusión respecto a las calidades que ha de tener el sujeto pasivo. La libertad sexual, es patrimonio de todo ser humano, sin que se pueda hacer distinciones sobre el estado civil -la mujer casada respecto al marido-, la vida personal o la conducta sexual de la víctima -la prostituta aún respecto del cliente habitual-. Congruentemente, es posible la violación en ambos casos.

Sin embargo, se ha planteado en el ámbito doctrinal **que si para un correcto tratamiento jurídico penal del hecho punible, es necesario que el tipo penal contemple circunstancias específicas de la víctima, sus relaciones con el ofensor, matrimonio o vínculo afectivo análogo para atenuar la pena, o bien se confiera a los tribunales la posibilidad de rebajar la pena en un grado, atendiendo las circunstancias del hecho.**

En relación con lo anterior, el penalista Orts Berenguer opina que "el acceso carnal violento o intimidatorio tenido con el propio cónyuge -o también privándole de sentido ante su negativa- pese a constituir un delito de violación, presenta algunas peculiaridades respecto del tenido con un extraño, que aconsejan la ponderación de todas las circunstancias acompañantes del hecho antes de proceder a tan drástica calificación".

Por su parte, la también penalista María Angeles García García (1992), argumenta en los siguientes términos: "En cuanto al matrimonio, la mujer casada, como la soltera, viuda, divorciada, separada o en vías de separación, tiene toda la dignidad del ser humano y no puede ser reducida, ni directa ni solapadamente, a mero objeto de una situación jurídica confiriendo al marido un **ius in corpus** similar a 'un derecho real de goce en cosa ajena', porque tal derecho ni lo concede el Código Civil ni lo permite la Constitución. Toda pretensión de introducir en el tipo penal atenuaciones específicas, las dichas u otras de parecido jaez, o incrementar el arbitrio judicial con el pretexto de la individualización de la pena, debe ser rechazada y fuertemente contestada. Para tal individualización bastan, respecto del agente, las circunstancias genéricas: menor edad, enajenación mental, embriaguez, etc., y, respecto al hecho, la agravante de causar males innecesarios para su ejecución, en su caso, la sanción de otros delitos que concurran, y cuando no existan circunstancias atenuantes ni agravantes o concurran unas y otras, los jueces individualizaran la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. No se deben tolerar innovaciones en las circunstancias personales de la víctima o que el arbitrio judicial permitan la rebaja de la pena. Las consecuencias perversas de semejante pretensión son evidentes: el bien jurídico protegido es la libertad sexual, la libertad dispositiva de la intimidad carnal es igual para todos, pero, pese a ello, la personalidad de la víctima y sus circunstancias personales, su conducta -obviamente también la sexual- son relevantes para atenuar substancialmente la pena de quien desconoce su derecho de autodeterminación sexual, circunstancias éstas que han de ser llevadas al proceso penal, invadiendo, lesionando su intimidad para ser valoradas

en conciencia por el juzgador ". (p. 115).

Díez Ripollés (1985, p. 56), opina que: "en líneas generales, tales conductas no merecen el mismo trato que las conductas normales de violación. Dos argumentos, entre otros, pueden citarse: En primer lugar el atentado a la libertad sexual, que, sin duda se produce, aparece en cierta medida atenuado que no justificado, por el hecho de una convivencia sexual por lo general continuada y mutuamente aceptada en la que se habrán producido otros accesos carnales no problemáticos, si la negativa al acceso carnal en cuestión por parte del cónyuge es totalmente digna de consideración, ello no obsta a que su virtualidad sobre la conducta del cónyuge agresor sea menor en tales condiciones. En segundo lugar, intromisiones penales excesivamente intensas en este ámbito tan íntimo pueden con frecuencia conllevar más daños que ventajas".

Los tribunales, por su parte, suelen entender que el marido, si bien no tiene derecho a "disponer sexualmente de su mujer", puede pensar que lo tiene y actuar en la creencia vencible, de estar obrando lícitamente, y aplican el error vencible,¹ lo que trae como consecuencia la rebaja de la pena.

Modalidades

Para que el acceso carnal sea punible ha de ir ligado a una de las siguientes circunstancias:

1) Violación usando fuerza o intimidación.

En esta versión de la violación, es necesario que el hecho sea en contra la voluntad del sujeto pasivo. La aceptación afecta al tipo, de manera que el resultado típico no se produce si ésta existe. De ahí las controversias que se han producido en torno a la naturaleza de la fuerza o intimidación que logre vencer la voluntad del otro.

Respecto a las características de la fuerza, la jurisprudencia y doctrina española han coincidido en: es de carácter físico sobre el sujeto pasivo (no sobre otra persona, en que se estaría ante un supuesto de intimidación); la ejecución del hecho consistiría en tener acceso carnal con fuerza, siendo accesorio que ésta se desplegara por el autor o por quien

¹ El error esencial vencible o evitable (previsible), si bien elimina el dolo, deja subsistente la culpa.

colaborare con él o por un suceso ajeno; la resistencia que debe oponer la víctima debe reflejar inequívocamente la voluntad contraria a las pretensiones del agente. La resistencia opuesta no puede cuantificarse a priori. La antigua hipótesis planteada por la doctrina en que, tras la fuerza o la intimidación, la víctima ceda y se entregue al placer sexual con su violador, pertenece a la historia. En la actualidad, se entiende, que tal caso se ha usado fuerza o intimidación, y el subsiguiente consenso es irrelevante.

Para el Tribunal Supremo, el uso de la **intimidación** a que se refiere el artículo 429, equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto, posible, irreparable y presente, que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega. Además, ha de revestir las características de suficiencia y entidad bastante para vencer la resistencia del sujeto pasivo, sin que requiera ser absoluta ni irresistible, siendo su medida su eficacia, y no su cantidad, y debe estar causalmente unida al yacimiento.

En doctrina, la preocupación se ha centrado en la determinación de cuál ha de ser la importancia de la amenaza para llegar a intimidar al sujeto pasivo, haciendo hincapié en dos aspectos: la **gravedad** objetiva de la empresa y su **eficacia** para doblegar la oposición de la víctima. En este sentido, puede ser o no un delito siempre que el hecho sea injusto, esto es, que el mal con que se conmina no esté en conexión interna con lo exigido (la relación sexual). De manera que, puede haber una intimidación mediante fuerza sobre las cosas, o bien, conminación de un mal sobre las cosas, así conminar arrasar la cosecha, único sustento de una viuda y sus hijos, es suficientemente grave. (Bustos p.117).

Parte importante de la doctrina, ha considerado que la redacción del artículo 429, ha engendrado una laguna, en la hipótesis, que el sujeto pasivo **no puede resistir por estar incapacitado físicamente para ello**, y el sujeto activo se aprovecha de esta situación, que **él no debe haber creado ni total ni parcialmente** (parálisis, inmovilidad por medios mecánicos). En este supuesto, el punto está en que sujeto activo no ha realizado el elemento típico de la fuerza o la intimidación; de manera que sólo una analogía mal enfocada permitiría entender que el aprovecharse del sujeto pasivo en ese estado, equivale a un abuso de la propia fuerza o que, pueda ser considerada "una circunstancia de hecho generada por la acción del autor, de la de un tercero, o de un acontecimiento natural independiente de la acción humana", bastando que el sujeto activo se valga de esa particularidad para que también entonces se use fuerza. En cuanto al recurso del N° 2 del

artículo 429, esto es apelar a la privación de sentido, en la hipótesis planteada no se da la ausencia de facultades mentales. Por regla general, el Tribunal Supremo utiliza uno de estos dos argumentos para resolver en el caso que se dé este supuesto.

2) Violación de persona privada de sentido o abusando de su enajenación.

En este caso, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, que se manifiesta en el estado de la víctima, y en el aprovechamiento o explotación de la dolencia por el sujeto activo.

El legislador de 1989, ha dado una nueva redacción al N° 2, del artículo 429; ya no habla de "privada de razón", sino de "cuando se abusare de su enajenación".

De acuerdo con la nueva redacción, calificada de acertada por la generalidad de la doctrina, no basta que la persona padezca de una perturbación mental (lo que podría constituir una prohibición para el enajenado, aún cuando indirecta, de llevar a cabo una actividad sexual compartida), sino que es necesario el abuso fundado en su enfermedad mental. Al mismo tiempo, se evita una consideración despersonalizada de esta clase de afección, que llevaba a entender que siempre existía violación en la relación sexual con un enfermo de este tipo (con lo cual se atentaba contra la preeminencia de persona del enfermo). Hay que hacer presente que toda la modalidad del N° 2, está regida por la idea de abuso o prevalimiento, pero en el caso de enajenación, el legislador, la ha querido destacar especialmente.

En cuanto a la entidad que ha de tener la anomalía mental para ser considerada dentro de los márgenes de la privación de razón, la jurisprudencia ha dicho que el N° 2 del artículo 429 no debe interpretarse en el sentido de locura o imbecilidad absoluta, sino en el de inhibiciones de las facultades intelectivas o volitivas, que impiden conocer el alcance y relevancia de los propios actos o abstenerse de llevarlos a cabo, al menos los que afectan a la sexualidad, aunque la tengan para otros aspectos como la vida laboral, etc..

Por su parte, el Tribunal Supremo ha dicho que: "se encuentra privada de sentido no sólo la persona desmayada o que ha perdido el conocimiento, sino la hipnotizada, anestesiada, narcotizada, así como la sometida a los efectos despersonalizadores de estupefacientes o embriagadas, en este caso cuando reviste carácter comatoso o letárgico con pérdida temporal de la consciencia o cuando la embriaguez es plena con abolición de las

facultades anímicas".

3) **Violación de persona menor de doce años.**

En esta modalidad, al igual que en la anterior, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, esto es, se entiende que se debe proteger el libre desarrollo sexual del menor con respecto a la interferencia de los mayores. Contiene una presunción de derecho (no admite prueba en contrario), que consiste en que por debajo de esa edad, el menor no puede consentir validamente. El consentimiento es, por lo tanto, irrelevante (violación presunta).

Este método de establecer un límite de edad, por debajo del cual se castiga en forma absoluta las conductas sexuales tenidas con menores, habitualmente utilizado por el legislador español, ha sido criticado por la doctrina partidaria de dejar al arbitrio judicial, la tarea de decidir en cada caso, si el menor poseía la capacidad para comprender el significado de su conducta y para obrar de acuerdo con ella. Sin embargo, sus defensores, admitiendo que en el sistema se pueden originar injusticias, aducen razones de seguridad jurídica, unidas al inconveniente que para establecer tal madurez, se recurra a criterios asentados básicamente en factores circunstanciales que no están relacionados necesariamente con el nivel de inteligencia. Se añade, que el legislador ha prescindido del criterio del discernimiento para establecer la imputabilidad del menor, lo que afirma la procedencia del sistema.

Otra parte de la doctrina, ha propuesto, convertir la presunción de derecho del N° 3, del artículo 429, en una presunción legal (que admite prueba en contrario).

Se ha planteado (García García, 1992, p.126), que excepcionalmente, una circunstancia personal de la víctima, su minoría de edad, debe ser tenida en cuenta por el legislador para agravar la pena: "Plus de protección penal exigible a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989, ya que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita una protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y en su artículo 19 establece la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas legislativas apropiadas para proteger al niño de toda forma de perjuicio incluido el abuso sexual".

Tipicidad subjetiva

En cuanto a la culpa, es evidente que en la primera modalidad no tiene cabida, ya que la actitud de abuso de la libertad de otro requiere dolo; en la segunda, que envuelve prevalimiento o aprovechamiento de la enajenación del sujeto pasivo, también está en primer lugar la posición de abuso respecto de la libertad de actuación de otro, por lo tanto no hay lugar a la culpa. Pero en la tercera circunstancia, en la que se trata que el mayor no interfiera en el desarrollo sexual del menor, puede haber error en cuanto a la edad, que fuera vencible y diera lugar a la culpa.

Grados de desarrollo del delito

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que para la consumación es necesaria la penetración del pene en alguna de las cavidades referidas en el artículo 429. Las discrepancias se producen respecto a la factibilidad de la frustración.

Para una parte de la doctrina (Orts Berenguer p. 453), el de violación es un delito de mera actividad que se consuma con la sola realización de la conducta punible -el acceso carnal, en una de sus variantes- sin llevar anejo resultado alguno. Tales delitos concuerdan únicamente con la tentativa, porque lo que en otras especies delictivas se estancaría en el estadio de frustración, en aquellos desemboca en el consumativo. En efecto, si la frustración entra en juego por la ejecución de todos los actos que debieran producir como resultado el delito, en los de mera actividad, la ejecución de todos los actos comporta inevitablemente su consumación. Consideran, que no hay impedimento para la admisión de la tentativa, cuando exista un principio de ejecución y no sobrevenga el acceso carnal (porque fuera impracticable, por causas atribuibles al hombre o a la mujer).

Por su parte, aquellos que admiten la frustración, argumentan que la hay cuando el culpable practica toda la serie de actos que, según común experiencia, son los adecuados para concluir el resultado propuesto, no alcanzándose, no obstante, el indicado fin, hipótesis frecuente -y que suele citarse como la más caracterizada- ante la desproporción de los órganos sexuales del varón y los de la mujer ofendida, o en los supuestos del llamado coito vestibular o de introducción imperfecta, afectante tan sólo a los órganos genitales externos de la mujer, a la región vulvar u orificio externo de la vagina, pero no a la vagina propiamente dicha (Orts Berenguer, 1992, p.454).

En esta misma línea y en cuanto a la tentativa, el Tribunal Supremo ha dicho que "sólo hallamos actos itinerantes conducentes hacia la meta propuesta, pero que, en su ensamblaje aditivo, no ofrecen aún la idoneidad o integridad precisas para su logro". Respecto al desistimiento en esta fase del delito, será operante cuando se produzca, pero no cuando el abandono del proceso delictivo venga motivado por la resistencia del sujeto pasivo o porque éste reciba auxilio.

Participación

En los números 1 y 2, se puede dar coautoría de un tercero (hombre o mujer), que no accede, pero aplica la fuerza o intimidación o alguna substancia que prive al sujeto pasivo de sentido.

La pena

Al sujeto activo del delito de violación, se lo castiga con reclusión menor, una de las más graves que pueden encontrarse en el Derecho Comparado europeo. Para la mayoría de los autores, esta pena (igual a la de homicidio), es absolutamente desmedida, contraviniendo el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas.

Agresiones sexuales vinculadas al delito de violación

Artículo 430: "Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor.

"La pena será la de prisión mayor, si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios".

La diferencia con la violación reside en la importancia del ataque sexual. En la violación, están comprendidos los más graves (acceso carnal), y en este tipo las agresiones menores, es decir, cualquiera actividad sexual que no esté comprendida en la violación y que sea contra la voluntad del sujeto pasivo.

La figura del inciso 2º del artículo 430, es portadora de una carga superior de lesividad, respecto a la básica del inciso 1º, dando indicio de una cierta actitud del sujeto activo que va más allá de la complacencia erótica, y que se traduce en la humillación de la

víctima.

Disposición común

Artículo 443: "Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores o incapaces.

"En estos delitos, el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase".

Proyecto de Modificación

En el Proyecto de Ley de Código Penal de 1992 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de Septiembre de 1992), "La violación (art. 178) mantiene un concepto y estructura semejante a la vigente, con la importante diferencia que supone, sin embargo, el extraer el acceso por vía bucal que, se incluye dentro del tipo agravado de agresiones sexuales violentas (art. 179.2). Se mantiene la delimitación de sujetos activo y pasivo (persona), el núcleo de la conducta típica (acceso carnal por vía vaginal o anal), con la salvedad hecha, y la distinción entre la violación propia (núm.1) y las de persona privada de razón o sentido y menores de doce años (núms. 2 y 3). Se castiga expresamente la comisión imprudente en estos dos últimos casos (uno o dos grados menos). La pena de violación dolosa (ocho a doce años) es prácticamente equivalente a la actual; no así la imprudente, que resulta más gravemente sancionada.²

La Biblioteca del Congreso Nacional, no dispone a la fecha, de información acerca de la suerte corrida por este Proyecto de Ley orgánica de Código Penal.

Italia

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

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

"1) no haya cumplido catorce años;

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

² En: Poder Judicial p. 211.

- "3) es enferma mental o no está en grado de oponer resistencia a causa de sus propias condiciones de inferioridad psíquica o física, aunque ésta sea independiente del hecho del culpable;
 "4) haya sido inducida a engaño por haber sustituido el culpable a otra persona".

Bien jurídico protegido

Para Maggiore (1986, p. 57), el bien jurídico protegido es la "libertad sexual" entendida como "derecho al pudor y a la continencia". Para otros, lo que se protege es el interés del Estado por la defensa de la libertad sexual de las personas contra el acceso carnal violento, abusivo o fraudulento, de modo que ese bien, no obstante ser individual, es protegido penalmente desde el punto de vista de su naturaleza pública. Por lo tanto, para esta parte de la doctrina, la querrela de la persona ofendida se exige solo por razones de oportunidad y no para ocasionarle a la víctima, llevando el hecho al conocimiento público, un daño aún más grave que el que ha sufrido (Ranieri, 1975, p. 77).

Tipicidad

Los sujetos son indiferenciados. Las personas de uno u otro sexo pueden ser sujetos activos y/o pasivos del delito. El acceso carnal, en el ámbito del artículo 519, requiere penetración del pene, por lo tanto, es imprescindible la intervención de un varón, como agente o como víctima. Si no se verifica la introducción, aun parcial, de modo que haga posible el coito, el hecho no cae dentro del marco del delito de violación.

Se consideran órganos sexuales el pene, por una parte, y la vulva y el ano, por otra. No la boca, por esto la **fellatio in ore** (derrame seminal dentro de la boca de otro), llamado impropriamente coito bucal, que es una forma de masturbación por medio de la boca, no puede constituir violencia carnal, sino únicamente un acto libidinoso (Maggiore, 1986, p. 60).

Modalidades

1) Acceso carnal con violencia o amenaza. (párrafo 1º, artículo 519)

No se requiere violencia grave, ni es suficiente una leve; lo que se requiere es la idoneidad de esa violencia para vencer, en el caso concreto de que se trate, la resistencia del sujeto pasivo. Es esta resistencia -real o posible- la que mide la referida idoneidad.

En el ámbito del artículo 519, el concepto de violencia incluye la coacción moral (amenaza), y establece el principio de que el asentimiento para la unión carnal debe ser libre y exento de toda clase de intimidación, independientemente de la posibilidad o imposibilidad de resistir. Basta la violencia inicial; no es necesario que persista durante todo el proceso; no tiene importancia la imprevista, esto es, la que sobreviene después de la entrega espontánea del sujeto pasivo. Se debe ejercer sobre la persona de quien se quiere abusar, a menos que se ejerza sobre una persona querida, pues, en tal caso, es como si se ejerciera sobre el sujeto pasivo.

Para Maggiore (1986), debe ser además, **ilegítima**, de lo que él desprende que: "no existe, por consiguiente, delito en el hecho del cónyuge que obliga al coito al otro cónyuge, a menos que se trate de un "desahogo indebido y de manera ilícita, esto es, de una cópula contraria a la naturaleza o peligrosa para la salud del sujeto pasivo".

2) Acceso carnal con abuso de persona (artículo 519, párrafo segundo, números 1,2 y 3).

La ley presume la violencia en estos casos (no pudo querer, luego no quiso), por el amparo especial que se les debe a las personas a que se refiere este párrafo y por la mayor perversidad que muestra la conducta del sujeto activo. Estos casos son:

a) Edad del sujeto pasivo

Menor de catorce años en el momento del hecho; menor de dieciséis cuando el sujeto activo es ascendiente o tutor, u otra persona a quién el menor ha sido confiado por razones de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 539 del Código Penal italiano, cuando la persona injuriada es menor de catorce años, el culpable no podrá alegar, en propia excusa, ignorancia acerca de la edad del ofendido. Cuando el menor tenga más de catorce y menos de dieciséis, es preciso que el sujeto activo conozca la edad de la víctima, como se deduce a contrario sensu del mismo artículo 539. (Maggiore, 1986 p. 64).

En el número 2 del párrafo segundo, se tiene en cuenta, además de la circunstancia personal de la víctima (menor de dieciséis años), las relaciones de sujeción que dependen de la calidad de ascendiente, tutor o consignatario del menor, por razones de cuidado,

educación, instrucción, vigilancia o custodia. Enumeración taxativa, por lo tanto, no admite interpretaciones extensivas. De manera que, se excluyen las relaciones o vínculos de servicio o de trabajo y las relaciones de adopción, tutela y curatela. Pero los descendientes ilegítimos se equiparan a los legítimos (artículo 540).

Por otra parte, se **confía** cuando se entrega un menor, permanente o temporalmente por el titular del derecho o por la autoridad pública. Este hecho cae en la del número 9 del artículo 61 del Código Penal, esto es, "haberlo cometido abusando de funciones, o violando los deberes inherentes a un cargo público, o a la calidad de ministro de algún culto".

Cuando el ascendiente, el tutor o el consignatario violentan a un menor de catorce años, caen en la agravante del número 11 del artículo 61: "haber cometido el hecho abusando de la autoridad o de las relaciones domésticas, o con abuso de relaciones de cargo, de prestación de obra, de cohabitación o de hospitalidad".

b) Enfermedad mental o inferioridad psíquica

La enfermedad mental no es necesario que sea absoluta, basta con que suprima de modo notable la capacidad de entender o de querer y, por lo tanto, de apreciar la importancia del acto.

La inferioridad psíquica es el estado permanente o transitorio del sujeto pasivo que, sin constituir enfermedad mental, debilita el conjunto de sus facultades mentales, poniéndolo en situación de no poder resistir a los deseos del agresor (embriaguez, sueño, neurosis, etc.). Es necesario que el agente conozca el estado patológico de la víctima.

La inferioridad física, está referida a la falta o parálisis de un miembro, deformidad orgánica, etc., en que la víctima se encuentre en condiciones tales que le sea imposible la resistencia.

Es indiferente para la ley, la causa que ha provocado el estado de inferioridad; la responsabilidad del sujeto activo queda inalterada.

c) Sustitución de persona

Se refiere al error en la identidad personal del sujeto activo, a causa del engaño urdido por éste con daño del sujeto pasivo. Hipótesis ésta de difícil verificación.

Tipicidad subjetiva

En la primera modalidad (párrafo primero), la culpa no tiene cabida, ya que el ataque a la libertad sexual de otro con violencia o amenaza, requiere dolo. En las formas con abuso de persona, cuando la víctima es menor de catorce años, el error o la ignorancia acerca de la edad no excusa (artículo 539), y no tiene importancia que el agente pueda haber sido engañado por la víctima o por su precoz desarrollo físico. La ignorancia o el error acerca de la edad excusa, si el sujeto pasivo es mayor de catorce y menor de dieciséis. Igualmente, tiene cabida la culpa, en el caso de enfermedad mental de la persona injuriada.

Grado de desarrollo del delito

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que **el momento consumativo** se produce cuando la víctima es sometida a la unión carnal que es consecuencia de la conducta criminosa.

La **tentativa**, es posible: está constituida por los actos idóneos y no equívocos, realizados con anterioridad al sometimiento del sujeto pasivo al acceso carnal, siempre que no se reduzcan a actos libidinosos, ya que en este caso se consuma el delito de actos libidinosos, previsto en el artículo 521.

La pena

Reclusión de tres a diez años, además de las penas accesorias establecidas en el artículo 541, esto es, pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital, o interdicción perpetua de cualquier cargo tocante a la tutela o curatela, cuando la calidad de padre, de marido, de tutor o de curador, sea elemento constitutivo o circunstancia agravante; pérdida del derecho a alimentos y de los derechos sucesorios respecto de la persona injuriada.

Para la punibilidad del delito es necesaria la **querrela** del ofendido, la que una vez interpuesta es **irrevocable**. Pero, se procede de **oficio** si el hecho es cometido por el padre

o por el tutor, o también por un funcionario público o por un encargado de un servicio público, o si está en conexión real con otro delito para el cual se debe proceder de oficio. Para la perseguibilidad de oficio por conexión es irrelevante la absolución que se dicte por el delito conexo, por un motivo distinto de la inexistencia del hecho. Si la persona ofendida muere antes de haber interpuesto la querrela por ella o por quienes tienen su representación, este derecho le corresponde a los padres o al cónyuge. Pero esta norma no se aplica si el ofendido ha renunciado expresa o tácitamente a querrellarse.

Es **causa especial de resolución del delito el matrimonio subsiguiente** entre el autor y la persona injuriada, aún respecto a quienes hayan concurrido a ella; y si hubiere condena cesarán su ejecución y sus efectos penales.

Agresiones sexuales vinculadas al delito de violencia carnal

"Artículo 520.- (Unión carnal cometida abusando de la calidad de funcionario público): El funcionario público que, fuera de los casos previstos en el artículo precedente, se una carnalmente con una persona arrestada o detenida, cuya custodia tenga en razón de su cargo, o con persona que le haya sido confiada en ejecución de alguna providencia de la autoridad competente, será castigado con reclusión de uno a cinco años.

"Se aplicará la misma pena, si el hecho es cometido por otro funcionario público, investido, por razón de su cargo, de alguna autoridad sobre cualquiera de dichas personas.

"Artículo 521.- (Actos violentos de lujuria): El que, empleando los medios o valiéndose de las condiciones indicadas en los artículos precedentes, cometa sobre alguien actos de lujuria distintos de la unión carnal, será sometido a las penas establecidas en dichos artículos, reducidas a una tercera parte.

"Será sometido a las mismas penas el que, empleando los medios o valiéndose de las condiciones indicadas en los dos artículos precedentes, obligue o induzca a alguien a cometer actos de lujuria sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre otros.

"Artículo 526.- (Seducción con promesa de matrimonio, cometida por una persona casada): El que, con promesa de matrimonio, seduzca a una mujer menor de edad, induciéndola a error sobre su propio estado de persona casada, será castigado con reclusión de tres meses a dos años.

"Hay seducción cuando ha habido unión carnal".

Argentina

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

- 1) cuando la víctima fuere menor de doce años
- 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir.
- 3) cuando se usare de fuerza o de intimidación.

Bien Jurídico Protegido

El Código Penal argentino, en el Título III, Delitos contra la Honestidad, Capítulo II, trata simultáneamente la violación y el estupro. Todo el capítulo se halla estructurado sobre la base de la **relación sexual, acceso carnal o penetración carnal**. Vinculando este punto con la **honestidad**, la doctrina ha dicho que el bien jurídico protegido es la reserva sexual, entendida como el derecho de la mujer a no ser accedida sin su consentimiento y, la libertad sexual.

Tipicidad

La conducta se concreta con el acceso carnal, vaginal o anal; no interesa mayormente que la penetración sea total o parcial, tampoco interesa la perfección.

Donde no hay acuerdo es respecto a la **fellatio in ore**. Para Nuñez (En: Laje Anaya, 1979, p. 341), se trata de abuso deshonesto: "La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento no puede, por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto en cuerpo ajeno". Por su parte, Fontan Balestra (En: Laje Anaya, 1979, p. 338) sostiene que la **fellatio in ore es violación**, entendiendo que: "El acceso carnal es la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él. No son decisivos los argumentos que apoyan la idea de limitar el alcance de la norma sólo a la vía vaginal o anal. El criterio jurídico del acceso carnal es más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa del libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente a éste. Así vistas las cosas, el coito oral no se diferencia

esencialmente de otra penetración contra natura". Para Laje Anaya (1979, p. 341) "El equivalente anormal del coito por vía bucal no encaja con la violación. La expresión "acceso carnal", que hace exacta referencia a la carne, históricamente se traduce en el acto de yacer, esto es, justamente tener acceso carnal con una persona. Conforme, pues, a lo que el término significa, a lo que quiere decir, no parece que en nuestro lenguaje, en el lenguaje común, se quiera alcanzar al que yació por vía oral".

En cuanto a si la mujer puede ser sujeto activo, para algunos autores sólo puede serlo cuando procura acceso carnal con un hombre. Para otros, la mujer podría cometer la violación tratándose de un menor de doce años (Nº 1, del artículo 119), logrando acceder carnalmente mediante las debidas excitaciones, pero no en los supuestos de los números 2 y 3, que suponen voluntad contraria. Por último, están los que opinan que sujeto activo de este delito sólo puede ser un varón, pues él, y no la mujer, puede realizar la penetración propia del acceso carnal, pero sí puede ser cómplice o instigadora o cometer abuso deshonesto.

El sujeto pasivo, puede ser una persona de uno u otro sexo, cualquiera que sea su edad, accidente o calidad. En cuanto a **la violación entre cónyuges**, parte de la doctrina se resiste a considerar que mediando vínculo matrimonial pueda hablarse de violación. En esta línea, Soler y Nuñez (En: Laje Anaya, 1979, p. 347), entienden que, cuando el acceso es por vía normal, no media violación porque el marido tendría derecho a exigir semejante acto a la mujer; pero la cópula anormal (actos contra natura), no estando dentro de débito conyugal, constituye violación si es consumada con violencia o abuso. Soler, extiende esta interpretación al caso en que la mujer se opone para evitar el contagio de un mal. Para Ure (En: Laje Anaya, 1979, p. 347), ni aún en este caso habría violación, lo que no significa dejar impune esos actos, puesto que aparte de la tutela civil, este obrar puede ser trasladado a otras normas de la ley penal (corrupción, contagio venéreo, lesiones, aborto). En contra, Alfredo Ongaz (En: Laje Anaya, 1979, p. 347), considerando que el débito conyugal nada tiene que ver con el pretendido derecho a la violencia.

Modalidades

1) Menor de doce años.- La presunción de incapacidad, que impide que el consentimiento del menor tenga eficacia desincriminadora, es **uiris et uire**. Como la ley hace referencia a una calidad de la víctima, el sujeto activo puede incurrir en error sobre esa circunstancia. La edad, es una cuestión que debe probarse en cada caso, de acuerdo a las formas legales.

2) Persona privada de razón o de sentido, enfermedad o cualquier otra causa.- En toda esta modalidad está presente la idea de **abuso**.

La persona se encuentra **privada de razón**, si su capacidad está afectada de tal manera que le impide valorar el significado del acto que realiza. El rasgo común de este caso con el N° 1, radica en la falta de consentimiento, y la diferencia, en que, allá sólo juega la edad como una presunción absoluta, y aquí, dado que la salud mental se presume, se requiere un juicio sobre la incapacidad de la víctima al momento del hecho y, que ese estado fuera conocido por el autor porque sólo así la conducta resulta abusiva.

La persona está **privada de sentido**, si se encuentra en estado de inconsciencia o cuando su conciencia se halla gravemente perturbada.

La fórmula por **enfermedad o por cualquier otra causa....**, supone que el sujeto pasivo comprende, pero se halla imposibilitado de reaccionar defensivamente frente a la agresión. Lo último (cualquier otra causa) determina que se comprendan en la ley, ciertos supuestos donde el agredido no reacciona (resistencia) porque ignora no sabe (pudiendo comprender el sentido del acto), de la agresión de la cual es víctima. De ahí, que la doctrina y jurisprudencia argentina han entendido, que hay violación cuando la mujer, que se encuentra en posición ginecológica, es accedida por su médico que la engaña sobre el tacto que simula realizar.

3) Cuando se usare de fuerza o intimidación.- En este número, si no media intimidación, no se puede hablar de resistencia, y, tampoco habrá violación cuando medie consentimiento, porque excluye la oposición al acto que pretende el autor. La fuerza debe ser real y efectiva energía física, no requiere necesariamente que sea del autor. La intimidación, es el medio para crear un estado de temor, de miedo, y exige actitudes del autor que sean compatibles con el resultado querido para acceder.

Grados de desarrollo del delito

Para la doctrina y jurisprudencia argentinas, la violación admite tentativa. Sin embargo, el comienzo de ejecución de la acción típica (acceso carnal), importa una consumación delictiva. En éste aspecto, la diferencia con otros delitos es marcada: **se puede comenzar a matar** (acción típica), y, empero, resultar con vida la persona ofendida.

Se puede comenzar a violar, siempre y cuando la acción no importe acceso carnal o penetración sexual. Es decir, el momento de la tentativa debe trasladarse a un determinado momento anterior, sin que esto signifique tener por tentativa infracciones que caen dentro del ámbito de los abusos deshonestos. Lo que resulta decisivo para calificar la conducta de tentativa de violación, está en la finalidad o el propósito, del sujeto activo, de lograr el acceso carnal en las condiciones del artículo 119.

Con todo, la tentativa de violación puede ser desistida: el autor puede, pero ya no quiere. En este caso, los actos cometidos durante el proceso ejecutivo del delito incompleto caen dentro de los abusos deshonestos.

Violación Agravada

Artículo 122.- "La reclusión o prisión será de ocho o veinte años, cuando en los casos del artículo 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas".

Agravantes de la violación: a) por el resultado, b) por la calidad del autor, c) por el número.

a) **Por el resultado: "grave daño en la salud de la víctima"**. Para algunos, la estipulación hace referencia a cierto tipo de lesión: a las graves y a las gravísimas. En contra, Soler (En: Laje Anaya, 1979), para quien grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Es una expresión genérica y, en consecuencia, el juez puede libremente apreciar si el daño es o no suficientemente grave.

La doctrina y la jurisprudencia están acordes, en que caen dentro de la agravante las siguientes hipótesis: a) contagio venéreo; b) conmoción cerebral; c) trauma psíquico provocado en persona neurótica o de temperamento impresionable; d) lesiones que aunque en su comienzo leves; responden a una complicación posterior que determinan procesos infecciosos.

En cuanto a las lesiones leves, los autores, por regla general, niegan que éstas caigan en la, porque no constituyen grave daño a la salud. Sin embargo, algunos distinguen entre la lesión leve comprendida en el concepto mismo de la violación, de la lesión leve que representa, con respecto a la violencia del delito, **un plus**. Para los que no hacen mayores

distinciones, las leves resultan siempre absorbidas por el delito simple.

b) **Por la calidad del autor:** Tratándose de la relación parental **directa**, la ley no pone límites ni calidad. Los términos "**ascendientes**" y "**descendientes**", comprenden a quienes vienen de una unión matrimonial, como los que se hallan al margen de esa institución. Si **el parentesco es afín**, no juega la agravante si la víctima es cuñada o cuñado del autor, ya que éstos no son parientes afines en la línea recta. Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, la queda intacto para el reo, porque este vínculo permanece incólume. Lo mismo ocurre siendo suegro o suegra, yerno o nuera. Quedan comprendidos el padrastro y madrastra con respecto a los hijastros e hijastras, ya que están recíprocamente en el mismo grado que el suegro o suegra con relación a los respectivos hijos políticos.

El término "**hermano**", comprende a bilaterales y a los unilaterales. Tratándose de la violación del cónyuge, el delito no sale de su forma simple.

El error o ignorancia respecto al vínculo, hace que no se aplique la. La ley no castiga más gravemente porque al fin de cuentas **resulte ser pariente**. Pero basta la duda y aun asentimiento, porque en este caso no exista la certeza de que se viola a un tercero ajeno a la unión vincular.

En cuanto al supuesto de "**sacerdote**", se trataría de una hipótesis de abuso, ya que éste por razones de índole religiosa o espiritual se encuentra estrechamente vinculado o unido al sujeto pasivo. De acuerdo con la opinión predominante, es ésta la razón de la agravante, puesto que, del contenido del artículo es posible extraer una nota común: cierta unión entre víctima y victimario, regla que no tiene porqué ceder en ésta hipótesis.

En la cláusula "**encargado de la educación o guarda**", hay dos situaciones distintas. A saber, en el término **educación** se comprenden aquellos supuestos en que una persona enseña y otra aprende, pero debe tratarse de educación (no educa, pero sí enseña el que imparte lecciones para que el otro aprenda a conducir vehículos motorizados). Esta nota importa aceptar una vinculación más o menos permanente entre el sujeto activo y pasivo, por lo tanto, caen en la agravante maestros de escuela, profesores secundarios y universitarios.

El encargado de la guarda (guardián de seguridad, celador de la clase, enfermero de un manicomio) no se identifica totalmente con el **guardador de la víctima**. El sujeto pasivo puede tener guardador, y además estar bajo el encargo de la guarda; al cuidado de alguien que no ejerce los poderes que corresponden a la patria potestad, tutela, curatela o guarda.

Ahora bien, **el concubino de la madre de la víctima**, en cuanto al ejercicio de la acción penal, no es el guardador. En este caso, la doctrina y la jurisprudencia atienden a la **relación que con la víctima puede haber creado ese estado**. Si razonablemente puede decirse que se ha llegado a establecer, modificar o extinguir situaciones recíprocas, entonces la agravante concurrirá, en caso contrario, parece precipitado otorgar la calidad de que se trata.

c) **Por el número: "concurso de dos o más personas"**. Se discute, si se trata de autor y otro, o si es necesario que dos o más personas concurren al hecho del autor. Con todo, no parece imprescindible que todos tengan acceso carnal con la víctima.

Así, se ha sostenido que, "en el supuesto que más de uno hubiere logrado violar con asistencia recíproca de los demás, se tendrá un concurso real de delitos de violación agravada por el número". Según la jurisprudencia, esta regla funciona sólo a condición que la víctima hubiera recuperado su libertad sexual (se aplicó la agravante en el caso de la víctima violada en el interior de su domicilio y en una segunda oportunidad en un baldío).

Sin embargo, hay acuerdo en los siguientes puntos: que la razón del aumento de la pena se basa en la menor defensa o menor poder de resistencia del sujeto pasivo, frente al aumento de la violencia propia de número de personas; en cuanto a la aplicación de las reglas de la participación, distinguiéndose la violación con el concurso de dos o más personas (tomar parte en la ejecución del hecho), de la violación que el autor, para cometerla, ha recibido de un tercero un auxilio o una cooperación. De esta manera, la agravante procedería en caso de coautoría.

La doctrina y la jurisprudencia que entienden que basta que el autor obre con el concurso de otro sujeto, para tener por cumplida la fórmula del Código, se basan en una sencilla interpretación gramatical: concurrir, significa reunión simultánea, y está claro que esos dos la forman. Argumentan que la fórmula del art. 122 no expresa que la hipótesis se da cuando el autor cometiere el delito con el concurso de dos o más personas, sino cuando el

hecho se cometiere con el concurso de dos o más personas, lo cual es muy distinto; y no puede negarse que se comete con el concurso de dos personas cuando el atentado es ejecutado por el autor y por quien lo secunda. Por su parte, Nuñez (En: Laje Anaya, 1979) disiente y razona: la ley se refiere a la violación que comete su autor con el concurso de dos o más personas, y no a la que cometieren dos o más personas en concurso.

Francia

"Artículo 223-23. Todo acto de penetración sexual, cualquiera sea su naturaleza, cometido sobre la persona de otro mediante violencia, coacción, intimidación o sorpresa, es una violación.

"La violación será castigada con 15 años de reclusión criminal.

"Artículo 222-24. La violación será castigada con 20 años de reclusión criminal:

1º Cuando ha provocado una mutilación o una invalidez permanente;

2º Cuando es cometido contra un menor de 15 años;

3º Cuando es cometido contra una persona cuya vulnerabilidad, debido a su edad, a una enfermedad, a una invalidez, a una deficiencia física o psíquica o a un estado de embarazo, es notoria o conocida por el autor;

4º Cuando es cometido por un ascendiente legítimo, natural o por adopción, o por cualquier persona teniendo autoridad sobre la víctima;

5º Cuando es cometido por una persona que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones;

6º Cuando es cometido por varias personas que intervienen en cualidad del autor o de cómplice;

7º Cuando es cometido usando o amenazando con un arma.

"Artículo 222-25. La violación será castigada con 30 años de reclusión criminal si provoco la muerte de la víctima.

Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 que se refiere al período de resguardo se aplican a la infracción prevista por el presente artículo.

"Artículo 222-26. La violación será castigada de la reclusión criminal perpetua cuando es acompañada de torturas o actos de barbarie, antes, mientras o después.

Los dos primeros párrafos del artículo 132-23 que se refiere al período de resguardo se aplican a la infracción prevista por el presente artículo".

El nuevo Código Penal, vigente a partir de Marzo de 1994, trata del delito en estudio en el Libro Segundo, Capítulo Segundo "De los atentados contra la integridad física o psíquica de la personas", Sección II "De las agresiones sexuales". La normativa anterior data de diciembre de 1980.

Fue la reforma de 1980 -Ley Nº 80-1041 del 23 de diciembre de 1980-, la que

modificó completamente esta figura y su tratamiento; la actual legislación, solamente eleva a 15 años de reclusión criminal la pena asignada a la violación simple (artículo 222-23). Este aumento está basado más en razones técnicas que de política criminal, ya que dado los cambios introducidos en el régimen de las penas, de mantenerse los diez años máximos establecidos en la legislación anterior, habría perdido su calificación de crimen, pasando a ser considerada delito.

Ahora bien, el legislador de 1980, consideró que **el elemento esencial de la violación, es la ausencia de consentimiento de la víctima**. Durante los debates parlamentarios, se indicó claramente que: "lo esencial en el crimen de violación reside menos en la realidad del acto sexual que en la violación del consentimiento de la víctima".

A este nuevo enfoque, en el que el eje de la incriminación es **la violación del consentimiento** del sujeto pasivo, corresponde la definición que de la violación da el Código Penal: "Todo acto de penetración sexual, cualquiera sea su naturaleza, cometido sobre la persona de otro mediante violencia, coacción, intimidación o sorpresa".

Con la fórmula "todo acto de penetración sexual, cualquiera sea su naturaleza" un cierto número de conductas que antes de la ley de 1980, sólo constituían atentados al pudor, son considerados desde entonces como violación: penetración anal y bucal, introducción de un cuerpo extraño en el órgano genital femenino, la sodomía y la violación homosexual, perpetrada contra la voluntad del sujeto pasivo. De la misma definición se desprende, que la mujer puede ser sujeto activo del delito.

En esta misma línea, al introducir la diversidad en los actos sexuales susceptibles de constituir violación, el legislador quiso considerar especialmente el daño psíquico resultante de un atentado a la dignidad de la parte ofendida. Durante la discusión parlamentaria, se había propuesto la fórmula "todo acto sexual", que fue rechazada, considerando que debía interrumpirse en este punto la ampliación de las conductas sexuales incluibles en la violación, ya que incriminaciones tan extensivas harían perder toda realidad al principio de la interpretación estricta.

Ahora bien, en cuanto a la violación entre cónyuges, hasta antes de la reforma de 1980, se entendía que no procedía, aplicándose al marido las disposiciones de actos de violencia, en caso de uso de fuerza con ayuda de un tercero. Después de la reforma, por regla general los tribunales no daban curso a la acción por violación interpuesta por la

esposa, argumentando que tratándose de conductas sexuales normales, ésta no podía invocar falta de consentimiento, porque éste se presumía dentro del matrimonio. Solamente en las conductas especialmente violentas se optaba por condenar al marido por violencia o atentados al pudor acompañados de tortura o de actos de barbarie. La excepción, la constituye una sentencia de 1984, que condenó al marido que abusó de su mujer durante el período de separación de domicilio, fundándose en que el artículo 332 (actual artículo 222-23), no contiene ninguna excepción ni reserva, que impidan limitar su aplicación cuando se trata de cónyuges. La finalidad del artículo 332 del Código Penal, es proteger la libertad de cada uno, sin excluir los actos de penetración sexual entre personas unidas por el matrimonio, que sean impuestos en las circunstancias en el previstas.

Posteriormente, la situación cambió, a raíz de una resolución de un juez de instrucción que, en 1992, no dio curso a la acción por violación interpuesta por la esposa en contra el marido que, usando la fuerza, le había impuesto en dos momentos distintos una relación sexual, estimando que los hechos denunciados no caían dentro de la acción penal. El Tribunal de Apelación, confirmó la resolución de instrucción, basándose en la presunción de consentimiento tratándose de conductas sexuales normales dentro del matrimonio. Con la finalidad de aclarar el sentido de la ley, el Ministro de Justicia ordenó al Procurador General deducir recurso de casación. La Sala en lo Criminal de la Corte de Casación acogió el recurso, anulando la sentencia recurrida, considerando que: en los términos del artículo 332, todo acto de penetración sexual, cualquiera que sea su naturaleza, cometido sobre la persona de otro, mediante violencia, intimidación o sorpresa, constituye una violación; que no excluye de sus previsiones los actos de penetración sexual entre cónyuges cuando son impuestos en las condiciones definidas; que la presunción de consentimiento por parte de los esposos a los actos sexuales cumplidos en la intimidad de la vida conyugal sólo vale hasta prueba en contrario, por lo que la Sala de Acusación al confirmar la resolución del Juez de Instrucción desconoció el sentido y alcance del artículo 332.

Volviendo a la Ley de 1980, con la finalidad de reducir el alto índice de impunidad de estas conductas, se recogen en ella algunas medidas destinadas a dar un apoyo eficaz a la víctima durante el desarrollo del juicio. Están referidas a la prueba, la demanda civil y la publicidad del proceso.

Respecto a la **prueba**, se libera de las sanciones previstas para la **violación del secreto profesional al médico** que, con el consentimiento de la ofendida pone en conocimiento del Procurador de la República, las lesiones que, en el ejercicio de su actividad

profesional, puedo constatar y que le permiten pensar que fueron producto de un atentado sexual. La sola aplicación del derecho común no era suficiente en estos casos, ya que la jurisprudencia y la doctrina se encuentran divididas en cuanto a sí el consentimiento del interesado permite levantar la obligación de guardar el secreto profesional cualquiera que sea la finalidad.

En segundo lugar, se admite la posibilidad de constituirse en parte del proceso - mediante el ejercicio de la acción civil- a asociaciones o movimientos que tengan por fin la tutela de los intereses lesionados en el delito (se piensa sobre todo en asociaciones feministas), siempre que obtengan el consentimiento de la víctima; el objetivo básico de esta medida es intentar evitar las presiones que suele sufrir la ofendida para lograr la impunidad del sujeto activo, que continúan a lo largo del proceso por la vía de presionar a la víctima a declarar que consintió en la conducta sexual, así como reconocer el papel de tales asociaciones como defensoras de los intereses de esta última en una nueva consideración social de la mujer, lejos de posiciones reductoras y autoritarias.

Por último, se establece que, dependiendo de la sola voluntad de la parte ofendida, el proceso será público o a puerta cerrada y se dará, o no, información a los medios de prensa. Cuando se trate de hacer público el nombre de la víctima, la decisión que lo autorice debe constar por escrito.

Sin embargo, se ha entendido que las reglas sobre publicidad restringida para los asuntos de menores son de orden público y, por lo tanto, prevalecen sobre estas medidas. Una corriente doctrinal, dentro de una perspectiva de protección social, propone de **lege ferenda** una restricción de la publicidad de los debates, aún cuando no se trate de juicios de menores, planteándose que las disposiciones de la Ley 1980, desconocen abiertamente los intereses legítimos de readaptación del delincuente, convirtiendo el juicio de violación en la "cosa" de la víctima.

Conclusiones

Resulta innegable, que en los últimos veinte años, se ha producido un cambio social en el ámbito de la sexualidad, tanto las ideas como las legislaciones parecen haber dado un salto adelante.

Este cambio, afecta esencialmente a los criterios de valoración de la conducta sexual

propia y ajena, que conducen a la creación de nuevas pautas valorativas, no peores, sino distintas.

El Derecho penal sexual, viene gozando de una continua ya abundante atención por parte de la doctrina jurídico - penal española, hasta el punto que habrá pocos grupos de delitos en ese Código Penal que tenga tras sí una mayor aportación doctrinal. Estos especialistas, insisten en que, tratándose de delitos sexuales, las reformas deben ser globales y que, siendo correcto ofrecer respuestas legislativas a las exigencias de la sociedad, no lo es, que se haga en forma desordenada, dando lugar, entre figuras delictivas en que se protege el mismo bien jurídico, a contradicciones derivadas de los diferentes parcheos (Rodríguez Devesa, entre otros).

En la legislación española, el delito de violación, ha sido objeto de profundas innovaciones, comprendiéndose en ella conductas que antes se situaban en otras figuras delictivas: se comete el delito al tener acceso carnal con una persona -no sólo con una mujer-, por vía vaginal, anal o bucal, y no sólo por vía vaginal, como antes. En el Proyecto de Modificación del Código Penal de 1992, se extrae el acceso bucal, incluyéndose dentro de tipo agravado de agresiones sexuales violentas.

En el Código Penal Italiano, dentro de los delitos contra la libertad sexual, figura la violencia carnal, consistente en la unión carnal habida con alguien a quien se constriñe mediante violencia o amenaza. La pena prevista es la reclusión de tres a diez años, que se prevé igualmente para la unión carnal con persona que se encuentre en alguno de los casos enumerados en el párrafo segundo del artículo 519.

La legislación argentina, trata conjuntamente la violación y el estupro, consistiendo el primero en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

El legislador francés, por su parte, ha concebido la violación como todo acto de penetración sexual, cualquiera que sea su naturaleza, cometida sobre la persona de otro, mediante violencia, intimidación, coacción o sorpresa, y le ha asignado la pena de reclusión criminal de quince años, la de veinte para los supuesto en los que concurra alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo 222-24, como son que la víctima sea menor de quince años, que provoque una mutilación o invalidez permanente, que sea particularmente vulnerable debido a una deficiencia física o psíquica, etc., de treinta años cuando provoque la

muerte, y perpetua cuando es acompañada de torturas o actos de barbarie, antes, mientras o después.

Por último, la doctrina penal, ha destacado mayoritariamente, que en los delitos sexuales, no siempre **la pena** es el medio más eficaz de lucha. Es bastante frecuente, que los sujetos activos de estos delitos se encuentren afectados o perturbados por taras patológicas, por lo cual una pena privativa de libertad no haría más que esconder y, en su caso, acentuar el problema.

De ahí, que una política criminal acertada consistiría en incrementar el aspecto educativo de la pena o emplear en sustitución de la misma una serie de métodos terapéuticos o educadores.

Selección Bibliográfica

- 1) ANGEVIN, Henri. Viol et attentat à la pudeur entre époux. **Recueil Dalloz Sirey** (Paris) N° 2, 10 janvier 1991. Jurisprudence, p. 13-15. Francia.
- 2) BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte especial.** 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1991. 413 p. España.
- 3) DIEZ RIPOLLES, José Luis. **La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma.** Barcelona, Bosch, 1985. 225 p. España / Derecho comparado.
- 4) GARCIA GARCIA, María Angeles. Los delitos de violación y estupro en el Proyecto de Código Penal de 1992. **Poder Judicial** (Madrid) N° 28, diciembre 1992. p. 123-132. España.
- 5) LAJE ANAYA, Justo. **Comentarios al Código Penal. Parte especial.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, Vol. II, 1979. 482 p. Argentina.
- 6) MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal (parte especial).** Bogotá, Editorial TEMIS, Vol. IV, 1986. 524 p. Italia.
- 7) MAYER, Danièle. Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980. **Recueil Dalloz Sirey** (Paris) 1981. Chronique XXXIX, p. 283-285. Francia.

- 8) ORTS BERENGUER, Enrique. El delito de violación (Art. 429). En: **Comentarios a la legislación penal**. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Tomo XIV, Vol. 1, 1992. p. 423-458.
España.
- 9) RANIERI, Silvio. **Manual de Derecho Penal**. Bogotá, Editorial TEMIS, Tomo V, 1975. 520 p.
Italia.
- 10) RASSAT, Michèle-Laure. La question du viol entre époux, suite et fin. **Recueil Dalloz Sirey** (Paris) N° 10, 11 mars 1993. Jurisprudence, p. 117-120.
Francia.
- 11) TIEGHI, Osvaldo N. **Delitos sexuales**. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Tomo 1, 1983. 477 p.
Argentina.