

Luis Rodríguez Collao

DELITOS SEXUALES

**DE CONFORMIDAD CON LAS MODIFICACIONES
INTRODUCIDAS POR LA LEY Nº 19.617 DE 1999**

Editorial Jurídica de Chile

no concibe la autoría,⁸³ cabe señalar que la intervención de un autor mediato no excluye, sino que, todo lo contrario, presupone, la actuación de otro sujeto que realiza materialmente la acción que el tipo demanda. Si este último es una persona física y jurídicamente habilitada para realizar el acceso carnal, en verdad, no se divisa cuál podría ser el inconveniente para responsabilizar a aquel que ha dominado la voluntad del ejecutor material de la penetración.⁸⁴ Más aún, si se acepta el castigo, a título de autor de violación, de quien ejerce en contra de la víctima la fuerza o la intimidación necesarias para llevar a cabo el acceso carnal, no se alcanza a comprender por qué no habría de adoptarse el mismo predicamento respecto de quien fuerza a aquel que ha de realizar la penetración, y menos aún si la fuerza es ejercida conjuntamente (a través de un mismo acto) en contra del autor y de la víctima.

Cabe agregar, finalmente, que si toda la doctrina acepta la figura de la instigación aplicada al delito de violación, que, entre nosotros, es castigada con la misma pena correspondiente a los autores, resulta inexplicable que un comportamiento más grave, como es la autoría mediata, no vaya a recibir también el mismo trato penal.⁸⁵

Tiene cabida, en consecuencia, la figura del autor mediato —pudiendo ser éste tanto un hombre como una mujer—; y también, la *participación* de una persona de cualquier sexo, sea a título de inducción, complicidad o encubrimiento.

⁸³ Cfr. NOVOA (1985), II, p. 191.

⁸⁴ Aceptan el castigo de la autoría mediata referida a la violación, en la doctrina alemana MAURACH / ZIPF (1994), I, p. 368, y WESSELS (1980), pp. 12 y 161; en la dogmática argentina, DONNA (1995), II, p. 85, y (1999) pp. 391-392. Lo niegan, con referencia al derecho argentino, CREUS (1990), I, p. 197, y ZAFFARONI *Tratado*, IV, pp. 342-346; y, con referencia al derecho español, BACIGALUPO (1987), pp. 335-336; MIR PUIG (1996), pp. 207 y 379-380, y QUINTERO OLIVARES (1986), p. 538.

⁸⁵ De no aceptarse la figura de la autoría mediata con referencia al delito de violación, la lesión de la indemnidad sexual de la persona que es accedida carnalmente por otro que actúa, por ejemplo, bajo amenaza de un tercero, quedaría exenta de castigo. Ello obedece a que el comportamiento de este último tampoco podría ser encuadrado dentro del tipo de abuso sexual, puesto que los artículos 366 y 366 bis expresamente excluyen el acceso carnal.

EL DELITO DE ESTUPRO

1. EXPLICACION GENERAL

El delito de estupro consiste en acceder carnalmente a una persona que presta su anuencia a la realización del hecho, engañada por el delincuente o en razón de haber abusado éste de una situación de superioridad respecto de la víctima. Contrariamente a lo que podría pensarse, entre violación y estupro no existe una relación de género a especie, ni puede decirse que éste constituya una figura residual respecto de aquélla. Aunque atentan en contra del mismo bien jurídico y tienen numerosos puntos de contacto —incluso los une el hecho de estar estructurados en torno a una misma conducta—, ambos tipos describen realidades completamente distintas. La diferencia radica, básicamente, en que mientras en la violación el hechor no cuenta con la voluntad de la víctima, en el estupro, en cambio, el sujeto activo sí cuenta con la aquiescencia de aquélla.

El delito de estupro sufrió una verdadera hipertrofia a raíz de la reforma introducida por la Ley N° 19.617, lo cual obedece a que se amplió el sujeto pasivo (antes lo era solo la mujer y ahora lo son también los varones);¹ a que aumentó el espectro de conductas sancionadas (que antes estaba reducido al acceso carnal por vía vaginal y ahora se hace extensivo al acceso por

¹ Un sector de la doctrina había criticado la falta de protección del varón frente a las conductas que actualmente constituyen estupro. Por ejemplo, ELBERT: *La cuestión de los delitos sexuales...*, p. 27. En contra, FERNANDEZ ALBOR: *Delincuencia sexual...*, p. 83.

vía anal y bucal); y a que se multiplicaron, en fin, las modalidades de ejecución de la conducta (el tipo que antes contemplaba como única modalidad el engaño, ahora comprende, también, el abuso de una situación de superioridad por parte del sujeto activo). Pero el principal mérito de la reforma es haber indicado con toda precisión cuál es el sentido de la conducta incriminada, evitando el recurso a la vía interpretativa para determinar el significado del vocablo *estupro*, como era de rigor en el pasado ante la ausencia de un parámetro definitorio en el propio texto de la ley.

Tal como sucede en el caso de la violación, la estructura del tipo consiste en la agrupación de varias hipótesis alternativas —que en verdad describen los medios de ejecución de la conducta—, en torno a un verbo rector común. En el sistema vigente, las hipótesis constitutivas de estupro son: el abuso de alguna anomalía o perturbación psíquica, que no alcance a constituir enajenación o trastorno mental (art. 363 N° 1°); el abuso de una relación de dependencia de la víctima (art. 363 N° 2°); el abuso de la situación de desamparo de la víctima (art. 363 N° 3°); y el engaño de la víctima, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (art. 363 N° 4°).

La doctrina suele distinguir dos categorías dentro de este delito: *el estupro de prevalimiento*, que en nuestro sistema correspondería a las tres primeras hipótesis recién indicadas y que tienen en común el aprovechamiento de una posición ventajosa por parte del sujeto activo, y *el estupro fraudulento*, que correspondería a la última de aquellas hipótesis, caracterizada por la concurrencia del engaño.² Esta distinción, sin embargo, carece de utilidad sistemática, porque en el denominado estupro fraudulento también se da una situación de prevalimiento del hecho, quien aprovecha su mayor experiencia en el campo sexual. Y en el llamado estupro de prevalimiento, por su parte, nada obsta a que el abuso de la situación de superioridad se materialice también en un engaño. De ahí que en esta obra simplemente prescindamos del empleo de tal nomenclatura.

² Cfr., por todos, DIEZ RIPOLLES (1985), pp. 74-76, y RODRIGUEZ DEVESA (1991), pp. 185-188.

2. CONDUCTA TIPICA

El núcleo conductual del tipo está expresado en los mismos términos que en el delito de violación, y consiste, al igual que en éste, en acceder carnalmente a una persona, por vía vaginal, anal o bucal. Todo lo explicado a propósito de la violación es enteramente aplicable al delito de estupro, tanto en lo que respecta al sentido y al alcance de la exigencia de acceso carnal, como en lo que atañe a las condiciones que resultan necesarias para que se dé este comportamiento y al momento en que ha de tenerse por consumado el hecho.³

3. LOS SUJETOS DEL DELITO

Puesto que el tipo demanda penetración del miembro viril en la vagina, en el ano o en la boca de la víctima, sólo un varón puede asumir la calidad de sujeto activo de estupro. Por su parte, dado que la ley no formula una exigencia especial en cuanto al sexo del sujeto pasivo, éste podrá ser tanto un varón como una mujer.⁴ En cuanto a la edad de la víctima, el tipo exige que ésta sea menor de edad, pero mayor de doce años.⁵ El hecho de acceder carnalmente a una persona menor de doce será siempre constitutivo de violación, conforme al art. 362, cualesquiera sean las circunstancias en que tal comportamiento se realice. Por su parte, el acceso carnal con persona mayor de edad, aunque se den las modalidades de ejecución propias del

³ Vid. supra Cap. V, 2. a) y b).

⁴ La inclusión del varón como sujeto pasivo de este delito no es una constante en el derecho histórico ni en el derecho comparado. A partir del año 1995, el Código Penal portugués, optó por la misma solución que ahora rige en nuestro país. Cfr. MAIA GONÇALVES (1996), p. 645.

⁵ Si bien la doctrina normalmente se muestra conforme con fijar en doce años el límite inferior de la edad del sujeto pasivo en relación con esta figura, no sucede lo mismo con el margen superior, que, por lo general, se estima no debería exceder de dieciséis años, como ocurre en el caso del Código Penal portugués. En relación con esto último, MAIA GONÇALVES (1996), p. 644. En general sobre el tema, FERNANDEZ ALBOR: *Delincuencia sexual...*, p. 70. En contra de la fijación de un límite máximo, BARRERA DOMINGUEZ: *Delitos sexuales*, pp. 137-138.

estupro, es un acto impune, al menos en lo que atañe al desvalor que subyace en este delito (básicamente, un atentado a la indemnidad sexual de la persona en contra de quien se ejecuta la conducta).

Por la forma en que el tipo refiere los condicionamientos relativos a la edad, es posible que el autor del delito sea menor que la víctima (piénsese, por ejemplo, en un varón de dieciséis años que accede carnalmente a una dama de diecisiete). En verdad no existe ningún antecedente de texto o de justicia material que permita excluir la punición en un caso como éste; porque lo que justifica el castigo del estupro es el aprovechamiento de una situación de superioridad por parte del hechor y esto puede darse indistintamente respecto de una persona mayor o de una persona menor que el sujeto activo.

El denominador común a todas las hipótesis que contempla el art. 363 es una *falta de capacidad para consentir válidamente a la realización del acceso carnal*, bien en razón de una carencia de libertad para oponerse a los requerimientos del autor, como sucede en el caso en que se abusa de una relación de dependencia; bien a consecuencia de una disfunción de las aptitudes mentales, como ocurre en el caso en que se abusa de la perturbación mental del sujeto pasivo; bien en virtud de una falta de conocimiento acerca de la naturaleza y alcance de la actividad que se pretende realizar, como sucede en el caso en que se abusa de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima. En otras palabras, el sujeto pasivo no ve anulada su capacidad de decisión, ni se exige que esté en general imposibilitado de consentir válidamente. De lo que se trata es que, dada la circunstancia de desvalimiento que lo afecta, se presta voluntariamente al acceso carnal, con su voluntad viciada.⁶

Con todo, y a pesar del vicio que indefectiblemente afectará a la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, será necesario que éste efectivamente consienta la realización del acceso carnal, ya que de otro modo no resulta posible establecer una diferencia con el delito de violación; sobre todo si se considera que algunas de las modalidades de este delito tienen el mismo fun-

⁶ Cfr. ORTS BERENGUER (1990), p. 247.

damento que las que contempla la figura del estupro.⁷ La diferencia fundamental entre la violación y el estupro radica, entonces, en la actitud del sujeto pasivo y consiste, básicamente, en que mientras en aquella la víctima simplemente *no quiere* la realización del acto sexual, en el segundo *existe voluntad* de que éste se realice.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la *anuencia de la víctima*, aunque prestada en condiciones que le restan validez, es un elemento objetivo del tipo de estupro y, como tal, indispensable para la consumación de este delito. De modo que la sola concurrencia de la posición de inferioridad de la víctima no es suficiente para que se dé la tipicidad de esta figura; se requiere, además, que aquella efectivamente consienta. Si en un supuesto fáctico determinado, el hechor acometiera el acceso carnal, respecto de una persona que se encuentra en una situación de desvalimiento como las que menciona el tipo de estupro, sin la anuencia de la víctima, el hecho tendrá que ser calificado de violación.

4. EL ABUSO DE UNA SITUACION DE SUPERIORIDAD

Requisito común a todas las hipótesis del delito de estupro es que el autor *abuse* de una relación de superioridad respecto de la víctima. En otras palabras, no basta la mera constatación de la situación de superioridad, si ésta no ha sido aprovechada con el fin de lograr la aquiescencia de la víctima.⁸ El abuso supone, desde luego, el *conocimiento* acerca de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, en razón de un estado de desmedro de sus facultades mentales; de una situación de dependencia con respecto al hechor; de un grave estado de desamparo o de un cuadro de inexperiencia o ignorancia sexual. Sin embargo, no basta con tal conocimiento: para que haya abuso es necesario, ade-

⁷ Piénsese, por ejemplo, en la estrecha relación que existe entre el supuesto de enajenación o trastorno mental que demanda el tipo de violación, y el supuesto de anomalía o perturbación mental exigido en el delito de estupro.

⁸ Así lo había resuelto el Tribunal Supremo español en sentencias de 05.03.85 y 28.05.86, sobre la base de una redacción, actualmente sustituida, análoga a la del Código chileno. Cfr. la reseña efectuada por ORTS BERENGUER (1990), p. 249.

más, que el sujeto activo *aproveche las ventajas* que la circunstancia del desvalimiento de la víctima ofrece para la realización del acceso carnal. Por cierto, como el tipo no se conforma con el simple hecho del desvalimiento, sino que además requiere un abuso, nada obsta a que un individuo mantenga relaciones sexuales de modo no abusivo con las personas que se encuentran en alguna de las situaciones que el tipo describe, caso en el cual aquél, desde luego, no incurre en responsabilidad penal.

Un sector de la doctrina española sostiene que la *seducción de la víctima*, llevada a cabo por el hechor, es un elemento que forma parte del tipo, tanto en el caso del estupro de prevalimiento como en el del estupro fraudulento;⁹ *esta posición, sin embargo, carece de sustento en el derecho chileno*. En efecto, si por seducción entendemos las maniobras persuasivas que realiza una persona con el objeto de obtener que otra acceda a sus requerimientos en el plano afectivo o sexual, resulta que esta actitud es claramente incompatible con la exigencia de abuso que el art. 363 formula en sus cuatro numerandos. Porque si bien es cierto que en muchos casos el abuso puede ir acompañado de un acto de seducción, no es menos cierto que también hay conducta abusiva cuando el delincuente plantea la realización del acto sexual como algo simplemente perentorio. La figura de la seducción, si bien puede tener asidero en un sistema orientado a preservar la *honestidad* de las personas, carece, en cambio, de sustento en un sistema punitivo encaminado a proteger la *indemnidad sexual* del individuo.

5. LA SITUACION DE DESVALIMIENTO DE LA VICTIMA

El tipo de estupro contempla cuatro circunstancias en las que la víctima claramente se encuentra en una situación de desvalimiento: anomalía o perturbación mental, relación de dependencia con respecto al hechor, grave desamparo, e inexperiencia o ignorancia sexual. Se trata, por cierto, de hipótesis alternativas; de modo que basta la concurrencia de una ellas para la confi-

⁹ Cfr. BOIX REIG: *El delito de estupro fraudulento*, p. 192.

guración del delito, y en caso de concurrir más de una, ello no tiene consecuencias desde un punto de vista penal, porque, como ha sido dicho, todas las hipótesis poseen un fundamento común, cual es el aprovechamiento de una situación de inferioridad que impide a la víctima manifestar válidamente su voluntad en orden a la realización del acceso carnal.

La situación de desvalimiento de la víctima es un elemento claramente relacional, en cuanto no es exigible que la víctima se encuentre en un estado de desmedro respecto de cualquier persona, sino, específicamente, en relación con el autor del hecho incriminado. Así, por ejemplo, por mucho que una persona ostente un cierto grado de autonomía conductual en sus relaciones sociales, sí puede, en cambio, encontrarse en un estado de franca inferioridad respecto de quien mantiene con ella una relación laboral; o, padeciendo la víctima de una anomalía o perturbación mental que, en general, no la inhibe para actuar con libertad de decisión frente al común de los individuos, puede ocurrir, en cambio, que su propia constitución patológica la sitúe en una posición de desmedro en sus relaciones con un círculo más reducido de personas.

Finalmente, no se requiere que la situación de desvalimiento en que se encuentra la víctima sea, necesariamente, obra de la persona que *asume* la condición de sujeto activo del delito de estupro. Por cierto nada obsta a que este último haya actuado positivamente para crear, aumentar o fomentar las condiciones que llevaron a la víctima a un estado de indefensión o desmedro; pero también es compatible con las exigencias del tipo la situación en que tal estado es obra del azar o de un tercero (quien será penalmente responsable o irresponsable, según si su actuación estuvo o no encaminada a permitir la ejecución del delito por parte de otro).

A) ANOMALÍA O PERTURBACIÓN MENTAL

Tal como sucede en la hipótesis de *enajenación* o *trastorno mental* que exige el tipo de violación (art. 361, inciso segundo, numeral 3º), se trata aquí de una alteración de los procesos intelectuales y volitivos de la víctima, producto de un cuadro

patológico.¹⁰ Al igual que respecto del delito de violación, más que la denominación o la naturaleza de la dolencia, lo que en verdad interesa, además de la menor entidad de la sintomatología, es que la víctima, pese a encontrarse afectada por un cuadro de disfunción psíquica, tenga la posibilidad de expresar su voluntad en orden a la realización de un comportamiento sexual. Aunque, por cierto, sin la lucidez con que actúa el común de los seres humanos y en el contexto de una situación de influenciabilidad por parte de otras personas, que es lo que el sujeto activo, precisamente, aprovecha para materializar el abuso exigido por el tipo.

En términos generales, la doctrina plantea que en estos casos ha de estarse más a las circunstancias concretas en que ha ocurrido el acceso carnal que a las condiciones patológicas del sujeto pasivo,¹¹ lo cual, en el caso chileno, tiene plena expresión y respaldo en la exigencia de que el hechor abuse de la situación en que se encuentra la víctima.

Si bien es cierto que la ley parte de la base de que la anomalía o perturbación mental puede ser permanente o transitoria, los avances de la medicina han demostrado que las condiciones patológicas son siempre permanentes y que sólo varían en cuanto a la intensidad con que afectan la conducta del paciente. De manera que, en estricto rigor, no cabe hablar de trastornos transitorios y la referencia que a tales estados formula el art. 363 numerando primero, debe entenderse como una remisión a las alteraciones de la razón que sean producto de una agudización momentánea de los efectos de un cuadro patológico más o menos permanente.

B) RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Se trata aquí de una situación de sometimiento de la voluntad de un individuo a los designios de otra voluntad. Las situaciones que menciona el tipo (que el agresor esté encargado de la

¹⁰ Vid. supra Cap. V, 4. e).

¹¹ Cfr. DIEZ RIPOLLES, *La protección de la libertad sexual...*, p. 48 y ORTS BERENQUER (1995), p. 101.

custodia, educación o cuidado de la víctima, o que tenga con ella una relación laboral), poseen un carácter meramente ejemplar y en ningún caso son demostrativas, *per se*, de la situación de desvalimiento que ha de afectar al sujeto pasivo.¹² Hay, en efecto, numerosas relaciones no mencionadas entre los ejemplos, que dan lugar a vínculos de dependencia mucho más intensos, incluso, que los que el tipo refiere. Piénsese, por ejemplo, en las complejas redes de subordinación de la voluntad que se dan al interior de algunas sectas u organizaciones religiosas; en cuerpos militares, paramilitares o pseudomilitares; al interior de establecimientos carcelarios o en actividades laborales que se desarrollan en especiales condiciones de aislamiento, etc. Por el contrario, incluso entre personas unidas por algunos de los vínculos que la ley utiliza como ejemplos, es posible que no se dé la situación de desvalimiento que el tipo supone y exige. Porque, por ejemplo, no siempre se da un efectivo sometimiento del pupilo a la voluntad del maestro, o del trabajador a la voluntad del empleador.

La ley tampoco exige ningún requisito de formalidad, permanencia o antigüedad de la relación. Lo que, en verdad, interesa es que exista un vínculo de dependencia —cualesquiera sean su fuente o sus circunstancias—, en que haya una efectiva relación de dominio de una voluntad sobre otra, y que reste a la segunda la libertad necesaria para expresarse y autodeterminarse en el ámbito de las conductas sexuales.

C) SITUACIÓN DE GRAVE DESAMPARO

Puesto que el tipo no distingue, el desamparo a que alude podrá ser físico o moral. Quedan comprendidas, en consecuencia, aquellas situaciones en que la víctima carece de la protección que le puedan brindar otras personas o de la seguridad de un lugar en el que

¹² Explicando el sentido de esta modalidad de estupro, la Comisión Mixta del Congreso Nacional (cfr. *Informe*, p. 18) señala que se prefirió “darle a esta enumeración un carácter simplemente ejemplar y no taxativo, para comprender cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no”.

pueda sentirse realmente protegida. La situación de desamparo que afecta al sujeto pasivo podrá ser de carácter permanente o transitorio (lo que interesa es que exista al momento de la comisión del delito) y podrá tener origen en causas atribuibles al sujeto pasivo, al azar o a la maquinación del propio delincuente.¹³ Lo exigible, por expreso mandato de la ley, es que el desamparo tenga una cierta gravedad, es decir, que sea de tal envergadura que resulte decisivo en pro de la manifestación de voluntad de la víctima a la realización del acceso carnal. No se trata, por cierto, que la situación de desvalimiento llegue al extremo de anular la voluntad del sujeto pasivo, porque en tal caso estaríamos en presencia de la hipótesis de violación prevista en el numeral 2º del inciso segundo del art. 361.

D) INEXPERIENCIA O IGNORANCIA SEXUAL

La hipótesis contemplada en el numeral 4º del art. 363 exige, por una parte, que el delincuente engañe a la víctima; y, además, que este engaño se efectúe abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. Se trata de dos requisitos copulativos y que se encuentran de tal modo interrelacionados que el sentido de cada uno de ellos ha de ser determinado tomando como base el significado del otro.¹⁴

Por engaño debe entenderse toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso y que sea capaz de inducir a error a una persona respecto de la trascendencia o significación de su consentimiento.¹⁵ En el caso concreto del engaño a que alu-

¹³ No cabe, sin embargo, considerar que la minoría de edad de la víctima es, por sí misma, un hecho constitutivo de desamparo, básicamente, porque esta última exigencia aparece formulada dentro del tipo en forma paralela al requisito de la edad.

¹⁴ Durante la tramitación del proyecto, la Comisión Mixta (cfr. *Informe*, p. 19) dejó constancia de que "la figura que se quiso describir es la de una persona menor sexualmente ignorante o inexperta que se enfrenta con un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para llevarlo a una interacción sexual. Tal conducta obedece para el sujeto activo a la satisfacción de sus impulsos sexuales, pero para el menor no tiene ese mismo sentido, porque se ha manipulado su voluntad y ahí radica el abuso".

¹⁵ En este sentido, BUSTOS (1986), pp. 142-143. Cfr., también, ORTS BERENGUER: *Abusos y agresiones sexuales...*, pp. 36-37, y SERRANO GOMEZ (1997), p. 189.

de el tipo de estupro, deberá tratarse de una maquinación destinada a que la víctima yerre sobre el sentido y alcance de la anuencia que presta para la realización del acceso carnal y el objeto del error ha de estar relacionado, necesariamente, con este último aspecto, porque lo que hace posible el engaño es, justamente, la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima.¹⁶ En otras palabras, el engaño debe versar sobre el acto que el delincuente se propone realizar y no sobre otros hechos o expectativas que la víctima pueda tener en mente al consentir en el acceso carnal, por mucho que sobre ellos recaiga engaño, si aquélla actúa con pleno conocimiento acerca de la trascendencia y la significación del acto que ha consentido. Corrobora este planteamiento el hecho que el art. 363 se refiera únicamente al aprovechamiento de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima, y no al abuso de su credulidad, como lo hace, por ejemplo, el art. 398.

De ahí que sea necesario descartar como motivo de engaño cualquier promesa, por engañosa que sea, que no se refiera al sentido y trascendencia del acto sexual.¹⁷ Por ejemplo, la promesa de contraer matrimonio o de iniciar con la víctima una relación de convivencia; la promesa de otorgar en el futuro alguna retribución pecuniaria, laboral o simplemente honorífica; la promesa de mantener en secreto la realización del acto sexual, etc.¹⁸

¹⁶ En el mismo sentido, aunque razonando sobre el texto anterior de la figura, PEREZ SANCHEZ: *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 43-44.

¹⁷ Este es, según entendemos, el planteamiento que hicieron suyo los redactores de la norma, quienes dejaron constancia en orden a que "el compromiso posterior de vida conjunta o de matrimonio que se relaciona con el acto sexual son expectativas de la persona afectada, y no configuran una lesión de su libertad sexual" (Cfr. *Informe Comisión Mixta*, p. 18).

¹⁸ En el pasado, la jurisprudencia española consideró casi siempre la falsa promesa de matrimonio, haciendo de ella incluso la única fuente de engaño admisible para la mujer honesta. Cfr. BOIX REIG: *El delito de estupro fraudulento...*, pp. 250-252 y MUÑOZ CONDE (1996), pp. 195-196. Es, también, la posición que adoptó en alguna oportunidad la Corte Suprema de Chile, al declarar que "la promesa de matrimonio formalizada y reiterada por el reo ante los padres de la menor ofendida, antes de tener relaciones sexuales con ella, sin que se haya establecido que dejara de cumplir lo prometido por un hecho que no le es imputable, constituye en este caso el requisito esencial del engaño que prescribe la ley para que pueda darse por establecido el delito de estupro" (Cfr. *Gaceta de los Tribunales*, 1950, tomo I, 46-270). Un sector minoritario de la doctrina sigue refiriéndose a la promesa matrimonial incumplida; por ejemplo, BARRERA DOMINGUEZ: *Delitos sexuales*, p. 143, y AMUCHATEGUI REQUENA (1993), p. 292.

Puesto que el tipo utiliza la fórmula impersonal “cuando se engaña a la víctima”, es claro que la maniobra engañosa puede ser desarrollada, indistintamente, por el propio individuo que lleva a cabo el acceso carnal o por cualquier otra persona, ya sea que actúe en connivencia con aquél o que lo haga de modo independiente.

La inexperiencia y la ignorancia en materia sexual, por su parte, son conceptos que no figuraban en la antigua preceptiva. En su sentido natural y obvio, el término *experiencia* alude al conjunto de conocimientos y destrezas que se adquieren con la práctica de una determinada actividad o con el simple hecho de vivir. La *inexperiencia sexual*, en consecuencia, es una falta de conocimiento derivada de no haber ejercitado una persona actividad sexual o de los hechos de su propia vida, que pudieron mantenerla alejada de la información que el común de las personas adquiere acerca de la sexualidad humana. La *ignorancia*, en cambio, es simple falta de conocimiento sobre los aspectos más relevantes de la sexualidad. Pese a que los redactores de la norma entendieron que ambos conceptos apuntan a realidades distintas¹⁹ y aunque, en estricto rigor analítico, tal vez pueda señalarse más de alguna diferencia entre ellos, la verdad es que ambos pueden reconducirse a un planteamiento común: un desmedro de la capacidad cognitiva que deja a la víctima en la incapacidad de captar el sentido de un acto o de percatarse de que otra persona actúa de un modo engañoso.

La tipificación de esta modalidad de estupro, que la doctrina normalmente designa como fraudulento, es muy criticada por los autores, básicamente por estimar que lleva implícito el riesgo de incriminar situaciones que no suponen un verdadero atentado a los intereses sexuales de la presunta víctima;²⁰ por su falta de contenido sociológico, pues, en verdad, resulta muy difícil de imaginar que una persona entre los doce y los dieciocho años pueda ser objeto de engaño en materias sexuales;²¹ y porque si a las personas mayores de doce años se les reconoce autonomía decisoria en el plano sexual, “considerar el engaño como ele-

¹⁹ Cfr. *Informe de la Comisión Mixta*, p. 19.

²⁰ De esta opinión, SAINZ CANTERO: *La reforma del derecho penal sexual*, p. 860.

²¹ Cfr. CARMONA SALGADO (1996), p. 298.

mento apto para comprometer dicha libertad sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de ella como un fin en sí mismo. A quien se le reconoce capacidad para decidir sobre su sexualidad, sobre el cálculo incluso de un eventual matrimonio, ha de suponerse también capacidad para conocer cuán evanescentes son las promesas hechas al calor del deseo”.²²

Los redactores de la norma, sin duda, tuvieron en cuenta estos planteamientos, como lo pone de manifiesto el hecho que el Senado optara por crear un artículo 362 A, que sancionaba el acceso carnal a una persona mayor de doce años, pero menor de catorce, abusando de su falta de autodeterminación sexual; desechando, de paso, incluir la figura del estupro fraudulento, porque “el engaño, dado el nivel de información sobre la sexualidad de que disponen actualmente los jóvenes, no era una circunstancia de tanta relevancia social que justificase reprocharla penalmente”, de manera que la inclusión de aquel artículo 362 A sólo se justificaba como una manera de proteger a los jóvenes durante la pubertad. El criterio de la Comisión Mixta, sin embargo, fue muy diferente: la mayoría de sus miembros postuló que la manera más apropiada de proteger la autodeterminación sexual de los menores era por medio de la mantención del engaño entre las hipótesis del estupro.²³

6. FAZ SUBJETIVA DEL TIPO

El estupro, desde luego, sólo admite una forma de ejecución dolosa, quedando descartada la posibilidad de castigo en sede culposa, por las mismas razones que expusimos al tratar el delito de violación.²⁴ Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con este último delito, el estupro demanda la concurrencia de dolo directo. Todas las hipótesis de esta figura delictiva, en efecto, exigen expresamente que el hechor incurra en un *abuso*, acti-

²² MORALES PRATS / GARCIA ALBERO (1996), p. 254.

²³ Cfr. *Informe de la Comisión Mixta*, pp. 16-17.

²⁴ Vid. supra Cap. V, 5.

tud esta última que supone una maquinación tendente a aprovechar las ventajas que ofrece el estado de inferioridad de la víctima y que supone un grado de intencionalidad que resulta incompatible con la figura del dolo eventual.

En relación con el requisito de la edad de la víctima, algunos autores han planteado que basta con que el sujeto tenga un conocimiento aproximado sobre este elemento del tipo.²⁵ Tal planteamiento, sin embargo, nos parece equivocado, puesto que no hay en la redacción de la figura ningún antecedente que permita excluir al estupro de la exigencia —común a todo hecho delictivo— de que el dolo ha de estar integrado por un conocimiento cabal acerca de aquellos elementos objetivos que consistan en datos ciertos, como es el caso de la edad de una persona. Donde sí puede admitirse algún grado de *simple aproximación* del conocimiento, es respecto de aquellos otros elementos que no están formulados con el mismo nivel de precisión, como ocurre, por ejemplo, con la exigencia de anomalía o perturbación psíquica, en cuyo caso basta con que el individuo sepa que la víctima padece algún grado de desajuste mental, aunque desconozca, por ejemplo, de qué dolencia específica se trata.

Se ha planteado, también, que el engaño constituye un elemento subjetivo del tipo de estupro,²⁶ proposición que también ha de ser rechazada, no sólo en razón de que el tipo omite cualquier referencia de la cual pudiera deducirse el requerimiento de otro componente subjetivo, aparte del dolo, sino además porque el engaño no es un elemento que se dé sólo en la mente del hechor, sino que importa la realización de actos externamente apreciables, los cuales, si bien han de quedar captados por la voluntad del sujeto, encuadran por completo en lo que constituye el aspecto volitivo del dolo.

Por las mismas razones expuestas al tratar el delito de violación, debe rechazarse cualquier intento por incluir el *ánimo lascivo* como elemento subjetivo del tipo de estupro.²⁷

²⁵ Así, MUÑOZ CONDE (1996), p. 196, y BUSTOS (1986), p. 143.

²⁶ En este sentido, ORTS BERENGUER (1990), p. 253.

²⁷ Vid. supra Cap. V, 5.

7. ANTIJURIDICIDAD

En cuanto a una eventual justificación del hecho incriminado, el estupro plantea las mismas cuestiones ya examinadas a propósito de la violación,²⁸ incluso el tema de si cabe tener como autor de aquel delito al cónyuge que accede carnalmente a la esposa incurriendo en alguna de las hipótesis que contempla el art. 363. Tal como sucede respecto de la violación, tampoco aquí cabe afirmar que al actuar de ese modo, el marido ejerza un derecho que legitime su actuación.²⁹

En el caso del estupro esta afirmación aparece corroborada por un antecedente adicional que tiene su base en la discusión parlamentaria de la norma. En efecto, el Senado aprobó un artículo 362 bis, que excluía la punibilidad del estupro y del abuso sexual cuando el autor estuviera casado con la víctima, o mantuviera con ella una relación de convivencia, y fundó su propuesta en que los menores que han contraído el vínculo matrimonial o que conviven con otra persona merecen recibir el mismo trato que el adulto, en cuanto tendrían la experiencia y los medios de defensa necesarios para repeler o resistir los actos abusivos de que pudieren ser objeto dentro del marco de aquella relación de matrimonio o convivencia. Posteriormente, la Comisión Mixta rechazó por unanimidad la inclusión de aquel artículo, por considerar que el hecho de estar casado o de que conviva con alguien, no es impedimento para que el menor de edad pueda encontrarse en una situación de desvalimiento como las que considera el delito de estupro.

Pese a lo anterior, no debe perderse de vista que el estado civil de casado o la condición de conviviente de la víctima, puede en muchos casos ser determinante de la atipicidad de la conducta, en cuanto podría obstar a la concurrencia de alguno de

²⁸ Tal como sucede respecto de la violación, el consentimiento válidamente emitido para la realización del acto sexual no es excluyente de la ilicitud, sino de la tipicidad. En este sentido, NOVOA (1985), I, pp. 433 y 436. Cfr., también las opiniones de COUSIÑO (1979), I, p. 514, y ETCHEBERRY (1998), I, p. 241, las cuales, pese a discurrir sobre bases diversas, no son opuestas a lo que aquí se sostiene.

²⁹ Vid. supra Cap. V, 6.

los elementos objetivos que el tipo demanda. Así, por ejemplo, aunque no es del caso descartar alguna situación extrema en que una persona a pesar de estar casada o de convivir con otra, conserve un cierto grado de inexperiencia o de ignorancia en materia sexual, lo normal será que quien mantiene alguna de esas relaciones no esté en situación de ser engañado en razón de una deficiente información en el terreno de las conductas sexuales, como lo exige la circunstancia cuarta del art. 363.

8. *ITER CRIMINIS*

El delito de estupro se consuma, al igual que la violación, en el momento en que se perfecciona el acceso carnal, siendo inadmisibles, al igual que en aquélla, la figura del delito frustrado; pero plenamente admisible, en cambio, el castigo en fase de tentativa.³⁰

Con anterioridad a la reforma penal española de 1978, fue usual que la jurisprudencia en aquel país considerara que el estupro fraudulento alcanzaba la consumación en el momento en que se materializaba el engaño, lo cual, por cierto, tenía una abierta incidencia sobre el cómputo de los plazos de prescripción. Y como el engaño prácticamente se identificaba con el tema de la promesa matrimonial incumplida, solía entenderse que dicho cómputo comenzaba a partir del momento en que el hechor se negaba a cumplir lo prometido.³¹ Con posterioridad, sin embargo, llegó a ser unánime el criterio según el cual la consumación del delito coincide con la ejecución de la conducta.³²

³⁰ Vid. supra Cap. V, 7.

³¹ Una completa reseña sobre este punto puede consultarse en RODRIGUEZ RAMOS, *Consumación y prescripción del estupro-engaño*, pp. 141-145.

³² Cfr., por todos, BUSTOS (1986), p. 143; DIAZ MAROTO (1998), p. 123, y MUÑOZ CONDE (1996), p. 196.

EL DELITO DE ABUSO SEXUAL PROPIO O DIRECTO

1. SOBRE EL CONCEPTO DE ABUSO SEXUAL

Puesto que la noción de *abuso sexual* no tiene actualmente un sentido unívoco, resulta indispensable precisar cuál es el alcance que dicha expresión posee en el derecho comparado y cuál el sentido que corresponde atribuirle en el derecho chileno, tanto desde una perspectiva semántica, como desde un punto de vista dogmático, tomando en consideración, también, los antecedentes históricos de la figura de *abusos deshonestos*, por ser ésta la precursora de lo que el Código chileno hoy entiende por *abuso sexual*.

A) LA NOCIÓN DE ABUSO SEXUAL EN EL DERECHO HISTÓRICO CHILENO

El contenido de la primitiva figura chilena de *abusos deshonestos* es prácticamente el mismo que el de los tipos que contemplaban los artículos 355 y 356, inciso tercero, del Código Penal español de 1848. En verdad no se sabe qué razones motivaron a los redactores de nuestro Código a refundir en un solo artículo —el que en definitiva llevaría el número 366— tanto el abuso deshonesto ejecutado con las modalidades propias de la violación (artículo 355 del modelo español), como el abuso deshonesto ejecutado con las modalidades propias del estupro (artículo 356, inciso tercero, de la misma fuente legislativa). Sólo consta que la Comisión encargó a uno de sus miembros —don Manuel Ren-