

# OBSERVACIONES SOBRE EL DELITO DE VIOLACION

Dr. Francisco Castillo González.  
Profesor de la Facultad de Derecho.  
Universidad de Costa Rica.

- I. Hechos de la violación.
  - 1. Hechos de la violación.
  - 2. Hechos de la violación.
- II. Tipo de la violación.
  - A. El tipo de la violación.
  - B. La violación de la intimidad.
  - C. La violación de la intimidad.
  - 1. La violación de la intimidad.
  - 2. La violación de la intimidad.
  - 3. La violación de la intimidad.
- III. Penales de la violación.
  - A. Los delitos penales de la violación.
    - 1. Violación de la intimidad.
    - 2. Violación de la intimidad.
    - 3. Violación de la intimidad.
  - B. Los delitos penales de la violación.
- IV. Conclusiones.

## SUMARIO

### I Generalidades.

- A. Historia de la violación.
  - 1. Evolución histórica en general.
  - 2. Evolución histórica en nuestro país.
- B. Bien Jurídico Tutelado.
- C. Relación del artículo 156 Cp. con otros tipos penales. (Problemas de concurso).

### II El tipo de la violación.

- A. El acceso carnal con persona de uno u otro sexo.
- B. Las hipótesis del artículo 156 Cp.
- C. Las conductas del artículo 156 Cp. en particular.
  - 1. Acceso carnal con una persona menor de 12 años.
  - 2. Acceso carnal con una persona que se halla privada de razón o que estuviere incapacitada para resistir.
  - 3. Acceso carnal cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

### III Penalidad de la violación.

- A. Las distintas penalidades de la violación.
  - 1. Penalidad de la violación simple.
  - 2. Violación calificada.
    - a) Calificación por el parentesco.
    - b) Calificación por el resultado.
  - 3. Violación agravada.
- B. Extinción de la acción penal o de la pena por el matrimonio con la ofendida.

### IV Conclusiones.

\* Cp. = Código Penal.  
Cp. = Código de Procedimientos Penales.

## I GENERALIDADES

1) El artículo 156 Cp. dispone: "Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que tuviese acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir;
- 3) Cuando se usare de violencia corporal o intimidación".

Al mismo delito se refieren específicamente los artículos 157 y 158 Cp., que crean, respectivamente un tipo calificado y un tipo agravado. Otros artículos se refieren a los delitos sexuales y, por tanto, a la violación. En esta situación están los artículos 92 y 175 Cp. Por último, hay artículos que hacen una referencia directa al artículo 156 Cp., sea con el objeto de tomar como suyas las conductas modales del artículo 156 (así, art. 161 Cp.), sea con el objeto de establecer entre tipos un vínculo de subsidiariedad expresa (así, art. 174 Cp.). En especial situación se encuentra el artículo 93 inc. 5 Cp., que establece un tratamiento especial para la víctima de una violación que haya causado su propio aborto.

### A. Historia de la violación.

2) Para situar la evolución histórica de este delito, nos será necesario distinguir entre historia general e historia patria.

#### 1. Evolución histórica en general.

3) Desde tiempos inmemoriales fue castigada la violación. La ley mosaica<sup>1</sup> castigó severamente la violación y la homosexualidad (este hecho entra, en algunos supuestos, en nuestro concepto de violación).

<sup>1</sup> Así. Libro 5., Moisés, Cap. 22-23, 29; 1 Lev. 3. Moisés, 26, 13; 2 Lev. 18, 22; 2 Samuel 13, 14. Estas citas han sido tomadas de Paul Dost, "Die Psychologie der Notzucht", Verlag für Kriminalistische Fachliteratur, Hamburg, 1963, págs. 157, 158. En igual sentido, Jürgen Baumann "Paragraph 175". Verlag Hermann Leuchterhand, Berlin, 1968, pág. 198 s.

Las formas más graves de violación y de homosexualidad tuvieron en la ley mosaica la pena de muerte (por lapidación) como consecuencia.

En Roma fue castigado el uso de la violencia contra persona de cualquier sexo para obligarla a soportar el acto sexual por la "lex Julia" de "vi publica" y de "vi privata". Tal hecho configuraba el "crimen vis"<sup>2</sup>. Varios pasajes del Digesto<sup>3</sup> y del Código Teodosiano<sup>4</sup> se refieren a la violación. Esencialmente, la violación fue un delito de acción pública, castigada en los casos más graves con la pena capital<sup>5</sup>.

El derecho común sustituyó la distinción fundamental de "vis publica" y "vis privata" del derecho romano, por la distinción entre "vis absoluta" y "vis compulsiva"<sup>6</sup>, todavía hoy vigente.

Todo el derecho estatutario giró, en general, en torno a los conceptos de "vis publica" - "vis privata", "vis absoluta" - "vis compulsiva" y a los criterios romanos sobre el delito de violación.

La configuración moderna del delito de violación proviene del derecho francés. Es a partir de la codificación francesa que las legislaciones europeas se diversifican.

## 2. La evolución histórica en nuestro país.

4) Las disposiciones contenidas en el artículo 156 Cp. reproducen, en lo esencial, las reglamentaciones sobre la violación de los códigos de 1880, 1924 y 1941<sup>7</sup>. Los cambios ocurridos en nuestra legislación en los últimos 95 años han sido pocos. Algunos son importantes. Dejado de lado el problema de la penalidad, los principales son:

<sup>2</sup> En tal sentido, T. Mommsen, "Römisches Strafrecht", Leipzig, 1899 pág. 664 s. K. Binding, "Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, 1. Band, Leipzig, 1902, Verlag von Wilhelm Engelmann, pág. 200; E. Krämmer "Über den Begriff der Gewalt im Reichsstrafgesetzbuche", Buchdruckerei Robert Noske, Leipzig, 1909, Diss. Univ. Münster, pag. 1; A. Hill "Der subsidiäre Charakter der Nötigung", Diss. Univ. Marburg, 1896, pag. 14; Hans Rudolf Messmer, "Die Notzuch" Diss. Univ. Zürich, pag. 6.

<sup>3</sup> Así, D. 48, 5, 30, 9 "Eum qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae ... publicam vim committere nulla dubitatio est"; D. 48, 6, 3, 4 "Praetera puniuntur huius (s.c. Lex Julia de vi publica poena qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit".

<sup>4</sup> Codex Theodos. 9, 20, 1 "Si per violentiam mancipium abreptum est, accusationem vis non prohibetur intendere".

<sup>5</sup> Así, dice Paulus en sus "Sententiae" (Paulus 2, 26, 12) "Qui masculum liberum invitum stuprevit, capite punitur" y (Paulus 5-4-4) "Pulsatio pudoris poena capitis vindicetur".

<sup>6</sup> Sin embargo Ulpiano (D. 4, 2, 1) distinguió dos medios por los cuales el coaccionante puede imponer su voluntad sobre el coaccionado: la "vis" y el "metus", definido éste como "instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio".

<sup>7</sup> Desgraciadamente no he podido consultar el Código General de Carrillo, por no estar actualmente a mi alcance.

a) El Código de 1880 (art. 382) consideró a la mujer como único sujeto de la violación ("yacer con mujer"). A partir del Código de 1924 y en los siguientes, se opera una ampliación del tipo penal, para proteger mayor número de sujetos pasivos. Los Códigos de 1924, 1941 y 1970 utilizan la fórmula "tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo", como verbo rector del tipo. Por consiguiente, el coito puede consistir en una penetración carnal por vía vaginal o por vía anal (sin importar que la persona ofendida sea hombre o mujer). La innovación fue conveniente y ha evitado la impunidad de formas gravísimas de homosexualidad, que existe en otros ordenamientos.

b) Los Códigos de 1880 (art. 383) y 1924 (art. 300) consideraron consumado el delito de violación desde que había un principio de ejecución. El Código de 1880, de donde tomó Astúa el artículo 300 del Código de 1924, fue una copia más o menos fiel del Código Penal chileno de 1875<sup>8</sup>. Este último, mal interpretando, los artículos 374 y 375 del Código penal belga, una de sus fuentes, consagró el mencionado principio<sup>9</sup>. La equiparación entre tentativa y consumación desaparece en los Códigos de 1941 y 1970.

c) Los Códigos de 1880, 1924 y 1941 colocaron la violación entre los delitos contra la honestidad. En el nuevo Código desaparece el título "delitos contra la honestidad" y la violación es colocada en el título III, Sección I, cuyo encabezado es el "Delitos Sexuales". Sin embargo, el legislador habla en algunos artículos (art. 92 Cp., por ej.) de delitos contra la honestidad como denominación genérica que cubre varios delitos, entre ellos la violación.

La expresión delitos contra la honestidad aparece en varios pasajes de la exposición de motivos del Código del 70<sup>10</sup>.

A pesar de que el Código del 70 y su exposición de motivos sigan hablando de delitos contra la honestidad, la violación dejó de ser en el mencionado Código un delito contra la honestidad, porque no hay en él ningún bien jurídico tutelado que se llame "honestidad".

d) El Código de 1970 contiene una disposición nueva con relación a sus antecesores: el artículo 93 inc. 5 Cp. permite conceder el perdón judicial a la mujer que haya causado su propio aborto "...si el embarazo ha sido consecuencia de una violación".

<sup>8</sup> En el prólogo al libro de don Rafael Orozco "Elementos de Derecho Penal de Costa Rica" (Imprenta Nacional, San José, 1882), expresa el Dr. Antonio Zambrana que el Código Chileno fue "adaptado a este país por el Dr. Orozco con la ilustrada y escrupulosa colaboración de la Corte Suprema de Justicia".

<sup>9</sup> Sobre la historia y las fuentes de los artículos 383 Cp. 1880 y 300 Cp. 1924, véase el considerando I) de la sentencia de Cas. de 9:50 hs. de 14 de junio de 1939 (I Sem., tomo I, pág. 927), que se ocupa del problema.

<sup>10</sup> Así, Exposición de Motivos, págs. 41 y 47.

Esta innovación no atañe a la violación como a la consideración que el fruto de la concepción —vida humana— merecen para el legislador del 70. El artículo 93 inc. 5 parece chocar contra el artículo constitucional que declara la vida humana inviolable. El feto no es persona, pero sí vida humana.

- e) En el Código del 70 la violación es un delito de acción pública. No fue así en las anteriores legislaciones, sobre todo a partir de 1910, fecha de promulgación del Código de Procedimientos Penales recién derogado. El Cpp. 1910 establecía en su artículo 3 que en tratándose de violación o rapto "... el carácter privado de la acción penal cesa, para todos los efectos legales, desde el momento en que en virtud de la denuncia o acusación de las personas a quienes se atribuye esa facultad conforme al citado código penal, se haya iniciado el sumario". El nuevo código procesal, que distingue entre delitos de acción pública, de acción dependiente de instancia privada y de acción privada (arts. 5 y 6 Cpp.), no enumera entre las dos últimas categorías a la violación.

La nueva consideración del delito de violación como de acción pública debe ser aprobada, especialmente porque el nuevo código procesal tiene un procedimiento rapidísimo y de particulares características para los delitos de acción privada, que impide que la violación pueda ser considerada como de acción privada. Pero en el caso de los llamados delitos de acción pública dependiente de instancia privada, la única diferencia con el procedimiento común es que sólo podrá iniciarse dicha acción si el ofendido o sus representantes legales "formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla" (art. 6 Cpp.). Desde este punto de vista, considerar a la violación como delito de acción dependiente de instancia privada no implicaría un procedimiento especial, sino la libertad o no del perjudicado de poner en movimiento o no la acción penal. Tal solución tendría la virtud de salvaguardar el orden y la paz familiar, pero podría dejar impune hechos gravísimos en los que el Estado y la sociedad entera tienen interés en determinar y castigar (o en su caso, tratar) al delincuente. Por esta razón debe aprobarse la nueva reglamentación al respecto del delito de violación.

- f) El artículo 175 Cp., válido para todos los delitos sexuales, establece una agravación general para ciertos delincuentes en virtud de su calidad personal o su posición social o jurídica respecto a la víctima del delito. Para personas (ascendientes, descendientes, etc.) consiste la agravación, cuando su "participación no haya sido tipificada expresamente, en ser reprimidos con la pena de los autores", a condición de que "cooperen por cualquier acto directo a la perpetración de los delitos correspondientes a esta Sección".

El artículo en mención puede parecer innecesario y contradictorio: innecesario porque el Código del 70 equipara la penalidad de todos los

participantes, con la posibilidad para el juez de disminuir discrecionalmente la pena al cómplice (art. 74 Cp.). Únicamente el artículo 175 Cp. exige que las personas mencionadas cooperen por cualquier acto a la perpetración del delito. Ahora bien, puesto la cooperación a la realización —perpetración— del delito es una de las características de la complicidad (art. 47 Cp.), el artículo 175 Cp. establece en una agravación de la figura del cómplice, que transforma en autor. Ello significa cosa distinta de establecer como punible una participación que "no haya sido tipificada expresamente", como dice el artículo 175 Cp.: la cooperación a la realización del delito por actos directos está "tipificada" como complicidad.

El artículo 175 Cp. tiene, empero, importancia si se le pone en relación con la violación calificada (art. 157 Cp.) y con la violación agravada (art. 158 Cp.). Ambos artículos agravan la violación cuando el autor "fuere un ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano" (art. 157 Cp.) o "cuando el delito fuere realizado por el encargado de la educación, guardia o custodia "de la ofendida" (art. 158 Cp.). El artículo 175 Cp. transforma en autores a los cómplices que sean "ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, el cónyuge, los hermanos y cualesquiera personas que abusando de su autoridad o de su cargo, cooperaren por cualquier acto directo a la perpetración de los delitos...". Implica ello que las personas enumeradas en el artículo 157 y en el art. 158, que hayan sido cómplices solamente pueden cometer violaciones agravadas o calificadas, en virtud de la agravación del artículo 175 Cp.? Dicha interpretación carecería de sentido y castigaría más severamente al cómplice que a otras figuras que son evidentemente de mayor peligrosidad (instigador, autor mediato). En nuestra opinión, el artículo 175 Cp. es excluido por especialidad —concurso aparente de normas— por los artículos 157 y 158 Cp., que son circunstancias agravantes (calificativas o agravativas) especiales, respecto a la agravación general contenida en el art. 175 Cp. Esta relación de especialidad es mal expresada por el legislador, que habla de ella con la frase "cuya participación no haya sido tipificada expresamente".

Un problema resta: las personas mencionadas en el artículo 175 Cp.; esto es, "los ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, el cónyuge, los hermanos y cualesquiera personas que abusando de su autoridad o de su cargo, cooperaran por cualquier acto directo a la perpetración" del delito —es decir, que sean cómplices— son, conforme a ese artículo autores por disposición de la ley. Dicha agravante no puede a su vez producir otra agravante o calificante, y por tanto, el artículo 175 Cp. es independiente de los artículos 157 y 158 Cp. Pero influyendo en el título de participación, produce el artículo 175 Cp. el efecto de quitar al juez la posibilidad de rebajar la pena al cómplice, que normalmente tiene conforme al artículo 74 Cp.

5) Resumiendo: la evolución del delito de violación en 95 años no ha sido muy grande. La solución que ha dado nuestro legislador, siempre inspirado en legislaciones extranjeras, ha sido unir tres con-

ductas modales, distintas por el carácter del sujeto pasivo y activo, con cualquiera de las cuales un acceso carnal es castigado como violación.

Una apreciación crítica de esta situación debe tomar en cuenta que la construcción del tipo de la violación —y en general, de todo delito sexual— y de los límites que en el caso debe tener la represión, es dificultosa, a causa de las extraordinarias diferencias entre autor, víctima y situación del hecho<sup>11</sup>. En la labor de construcción del tipo penal no es tarea del jurista ni del legislador moralizar, como parece pensarle el autor de la Exposición de motivos<sup>12</sup>, sino realizar una determinada política criminal<sup>13</sup>. Esta labor es imposible cumplirla sin una profundización de los mecanismos de la delincuencia desde el punto de vista empírico y sin el manejo de los instrumentos que da el Derecho penal comparado. Una somera visión del artículo 156 Cp. convence de que los tipos de delincuente de sus tres incisos son totalmente diferentes. Por lo menos, se justifica un tratamiento diferenciado para el delincuente sexual agresivo<sup>14</sup>.

Es nuestro anhelo que este trabajo sirva de impulso a un verdadero proceso de reforma.

## B. Bien Jurídico Tutelado.

6) Que la violación debe ser severamente reprimida, no puede ponerse en duda, se le considere como ataque al honor sexual, a las buenas costumbres, a la honestidad o a la autodeterminación sexual de la víctima. Mucho se ha discutido sobre cuál es o debe ser el bien jurídico protegido por el legislador con las disposiciones sobre violación. Dos posiciones han sido las que han dominado los campos legislativo y doctrinal: la que considera a la violación como delito contra la honestidad y la que la ve como un delito contra la libertad (libertad sexual, autodeterminación sexual, inviolabilidad corporal, etc.).

7) La visión de la violación como delito contra la honestidad dominó en la doctrina y en las legislaciones del siglo pasado. Esta fue la posición de nuestros códigos de 1880, 1924 y 1941. La idea que guía esta concepción es la protección de los intereses espirituales del Estado, tales como la moral pública, la santidad del honor y la pureza de las

<sup>11</sup> En tal sentido, Ernst-Walter Hanack, "Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?". Gutachten A. zum 47. Deutschen Juristentag, Verlag, C. H. Beck, München, 1968, págs. A-72, A-73.

<sup>12</sup> Exposición de Motivos, pág. 11 especialmente.

<sup>13</sup> Jürgen Baumann, Op. Cit., pág. 198, 199.

<sup>14</sup> En tal sentido, entre otros, Steven Mülder "Der aggressive Sexualtäter —Fortschritt— medizinische Abgrenzung zwischen Gewaltunzucht (§ 176 Nr. 1 StGB) und Notzucht (§ 177 StGB)". Diss. Univ. Kiel, 1973, pág. 7 ss.

relaciones de familia<sup>15</sup>. Esta concepción exigirá que tales delitos fueran colocados entre los delitos contra el Estado. No ocurrió así en los Códigos de 1880, 1924 y 1941, que colocaron la violación entre los delitos contra los particulares. Ello permitió concluir a la jurisprudencia, especialmente bajo los códigos de 1924 y 1941, que el bien jurídico tutelado por la violación es la libertad, bien jurídico que poseen todas las personas<sup>16</sup>.

Consecuencia importante que deriva de la posición de nuestra jurisprudencia es que los comportamientos que comprende el artículo 156 Cp. son castigados en sí mismos, independientemente del valor social o moral de la víctima<sup>17</sup>. En el primer caso (inc. 1) por que la ley establece una protección de carácter tutelar; en los otros dos (incs. 2 y 3) porque la ley penal protege la libertad individual, que poseen todas las personas. Por tanto, el artículo 156 Cp. es un tipo que protege dos bienes jurídicos distintos.

8) En nuestra opinión solamente puede darse una respuesta correcta al problema del bien jurídico protegido por la violación, distinguiendo entre las distintas conductas castigadas por el artículo 156 Cp. Nos parece correcta la posición de la jurisprudencia, y nos inclinamos a ver en el artículo 156 Cp. dos bienes jurídicos distintos, como objeto de protección.

a) Tratándose de un menor de 12 años el objeto principal del legislador es protegerlo de los disturbios psíquicos y físicos que un acto sexual prematuro trae consigo<sup>18</sup>. Para ello el legislador establece

<sup>15</sup> F. Christian-Schroder, "Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StR. R. G.", en Festschrift für Hans Welzel.

<sup>16</sup> Dos sentencias de Casación se ocupan del problema (Cas. 9:40 hrs. de 12 de dic. de 1940 y Cas. 15:30 hs. de 21 de junio de 1961). La primera dice: "En buena doctrina lleva razón el abogado recurrente al manifestar que —dados los hechos probados, negativos de la virginidad y de la honestidad de la ofendida a la fecha en que voluntariamente tuvo acceso carnal con el procesado— hacen falta en este caso los deficientes de dolo y daño inmediato que son los complementos de la incriminación; pero contra esa tesis racional y que parece justificada si se atiende a que la violación forma parte del Título del Código Penal, que castiga los delitos contra la honestidad, hay que observar que el artículo 300 del citado cuerpo legal prescinde —cuando se trate de la violación de menores que no han alcanzado la edad de 15 años— de los elementos de honestidad y virginidad, como factores concomitantes a la ofensa, atendiéndose pura y simplemente el hecho material del ayuntamiento...". La segunda es aún más clara. En ella se dice: "... en la modalidad del delito de violación consumado mediante uso de fuerza, no cuentan los antecedentes de honestidad de la ofendida si se toma en consideración que la característica específica de la figura delictuosa es el atentado a la libertad sexual, porque toda persona tiene derecho de que se le respete su voluntad y su cuerpo...".

<sup>17</sup> En doctrina, Eberhardt Wahle, "Zur Reform des Sexualstrafrechts", Verlag Alfred Metzner, Berlin, 1969, pág. 17.

<sup>18</sup> En tal sentido, Paul Bockelmann "Zur Reform des Sexualstrafrechts en Festschrift für R. Maurauch zum 70. Geburtstag, 1972, págs. 391, 410.

una presunción "iure et de iure" de ausencia de voluntad y, por tanto de consentimiento del menor para el acto sexual: en el caso del menor de 12 años todo contacto sexual se presume violación<sup>19</sup>.

Ciertamente el legislador protege también en el artículo 156 inc. 1 una determinada ética sexual, que puede ser llamada "buenas costumbres", "honor sexual" u "honestidad". Pero lo esencial es la protección, con carácter tutelar —esto es, en interés del menor—, de la normalidad del desarrollo psíquico y físico de la víctima. Presumiéndose involuntario todo contacto sexual del menor de doce años, jamás puede ser éste corrupto<sup>20</sup>.

- b) Los incisos 2 y 3 del artículo 156 Cp. protege la libertad sexual de las personas "de uno u otro sexo". La libertad sexual es una especie de la libertad personal<sup>21</sup> es la libertad personal, llevada al campo de las relaciones sexuales normales o anormales. El violado soporta un acceso carnal al cual no está obligado.

Siendo la libertad personal un valor absoluto, sujeto pasivo de la violación puede ser cualquiera, aunque su conducta sea inmoral o culposa respecto al acto sexual: sujeto pasivo de la violación de los incisos 2 y 3 art. 156 Cp. puede ser la prostituta<sup>22</sup>, incluso cuando se niega a ejecutar lo pactado, después de recibido el pago; puede ser sujeto pasivo la amante que conviva con el delincuente "more uxorio", o la persona que, habiendo consentido a actos libidinosos, es penetrada carnalmente sin su consentimiento en alguno de los casos del artículo 156 Cp. "A fortiori" comete violación el marido que tiene acceso car-

nal con su esposa utilizando la violencia o la amenaza<sup>23</sup>, pero no aquel que tiene acceso carnal con su esposa cuando ésta se encuentre, por enfermedad mental o cualquier otro motivo, incapacitada para resistir. La esposa está obligada, por el vínculo matrimonial a soportar el coito normal, pero no aquél que es impuesto por la violencia o la amenaza. El marido tiene derecho a las relaciones sexuales con su esposa, aunque ella se encuentre incapacitada para resistir, pero no tiene derecho a obtener el coito por medio de la violencia o de la amenaza, porque nadie puede hacerse justicia a sí mismo<sup>24</sup>.

9) El Código penal del 70 coloca a la violación bajo el título de "Delitos Sexuales" (Título III, Sección I, art. 156). El concepto de "delito sexual" es impreciso: puede ser definido diferentemente por el derecho penal, por la criminología o por la política criminal. Generalmente se entiende por "delito sexual" un conjunto de acciones punibles, motivadas sexualmente. Pertenecen a tal concepto la violación, el rapto, el estupro, el incesto, etc., pero también otros delitos tales como el homicidio sexual. No siempre son delitos sexuales la corrupción, la pornografía o la rufianería.

La dificultad del término, que describe la pulsión del delincuente, es que no dice nada sobre el bien jurídico tutelado.

### C. Relación del artículo 156 Cp. con otros tipos penales. (Problemas de concurso).

10) La concurrencia de la violación con otros delitos presenta delicados problemas cuya solución requiere una visión clara de la teoría de los concursos de delitos y de normas.

<sup>19</sup> Cas. 1:35 p.m. de 2 de dic. de 1910; Res. Sala 2a. de 15:45 hrs. de 18 de setiembre de 1959; Cas. 9:35 hrs. de 13 de julio de 1938; Res. Sala 2a. Penal de 16:35 hrs. de 9 de julio de 1964.

<sup>20</sup> Son verdaderamente alarmantes las contradicciones del Código del 70 en materia de delitos sexuales. Por ejemplo, al tratar de la corrupción, el legislador dispone "El hecho no es punible si la persona menor es corrupta" (art. 167 Cp.). Puesto que el legislador castiga la violación y los abusos deshonestos cuando los hechos típicos de esos delitos se realizan sobre menores de 12 años, es claro que la parte citada del artículo 167 Cp. no es aplicable cuando el menor lo sea de 12 años. Otra interpretación no es compatible con la lógica ni con la moral. Y sin embargo, puestos en relación el artículo 167 Cp. (general), con el 168 (especial, corrupción agravada) puede el intérprete ser inducido a pensar que la corrupción de la víctima menor de doce años hace impune la corrupción de ese menor, porque el inciso 168 considera hecho agravante la corrupción de un menor de 12 años. Lo dispuesto por el tipo general vale también para el especial.

<sup>21</sup> Remmo Pannain, "Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", Unione Tipografica Editrice Torinese, Roma, 1952, pág. 8; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 32.

<sup>22</sup> Entre otros, Holger Presendanz "Strafgesetzbuch", J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, pág. 516; A. Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, vol. II, pág. 346; Messmer, Op. Cit., pág. 31; F. Christian Schroeder, Op. Cit., pág. 876.

<sup>23</sup> No es esta la posición de la doctrina dominante. La mayor parte de la doctrina afirma la inexistencia de la violación dentro del matrimonio, cuando la mujer no tiene motivos serios (menstruación, peligro para la prole, etc.) para resistir al coito normal. La mayoría de los autores declaran que el cónyuge que obliga al otro responde de las lesiones que produjere. En tal sentido, entre otros, F. Carrara "Programa de Derecho Criminal", Temis, Bogotá, 1956, vol. III, pág. 542 nota, 2; Fontán Balestra "Delitos Sexuales", Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1945, pág. 57; Ottorino Vannini, "Quid Iuris?" ("Manuale di Esercitazione Pratiche in Diritto Penale" "Il Delitto di Violenza carnale"), Giuffrè, 1949, pág. 5; E. Cuello Calón "Tres Temas Penales", Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955, pág. 183; José Ignacio Garona, "El Delito de Violación", en "Violación-Estupro-Abusos Deshonestos", Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971, pág. 27; Alberto González Blanco, "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano", Porrúa, México, D. F., pág. 169; Bernard Bouloc, voix; Viol" en "Encyclopedie Dalloz, tomo III, No. 18; F. Goyet "Droit Pénal Spécial", 8è ed., Sirey, París, 1972, pág. 499; Pannain, Op. Cit., pág. 50.

<sup>24</sup> En tal sentido, Francisco González de la Vega, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México D. F., pág. 403; Cipriano Gómez Lara "El Delito de Violación en el Matrimonio", en Derecho Contemporáneo, N° 6, julio, 1965. Univ. Nacional Autónoma de México, págs. 79 y 80.

Existe subsidiaria expresa entre violación e incesto (art. 174 Cp.). Especialidad hay entre violación (tipo especial) y coacción (art. 193 Cp.) (tipo general). La violación es un caso especial de coacción que por su específico contenido injusto, especialmente respecto de los incisos 2 y 3 art. 156 Cp., el legislador castiga como delito especial<sup>25</sup>. La violación absorbe las violencias (y lesiones) y las amenazas en la medida en que sean necesarias para el acto sexual y se den en el proceso del delito. Esta absorción se produce aun en el caso de que la acción punible recaiga sobre un menor de 12 años o sobre una persona que esté incapacitada para resistir, porque los tres incisos del artículo 156 Cp. se encuentran en relación de alternatividad formal. Cuando las violencias necesarias y contextuales produzcan un daño en la salud —que puede existir sin que haya lesión—, el caso se califica como violación agravada (art. 158 Cp.). Cuando las violencias (o lesiones) o las amenazas no son necesarias para lograr el coito (el agente las realiza por sadismo, por ejemplo), o se dan después de la consumación (se ejerce violencia, o se lesiona, o se amenaza a la víctima para obligarla a callar), no son absorbidas por la violación. Existe, por tanto, un concurso real entre lesiones y violación, entre amenazas y violación, entre coacción y violación, según el caso. La aplicación del artículo 158 Cp. es desplazada cuando las lesiones no son necesarias para la obtención del coito o no se den dentro del proceso de la violación, aunque se produzca un daño a la salud de la víctima.

Las mismas observaciones valen para la relación entre homicidio y violación. La aplicación del artículo 157 Cp. (violación calificada) cuando se produce la muerte de la víctima está condicionada a que el producto de violencias, lesiones o vías de hecho necesarias para lograr el coito y que se den dentro del proceso ejecutivo de la violación. En tal caso, el posible homicidio culposo o preterintencional es consumido por la violación calificada<sup>26</sup>. Cuando el homicidio es doloso (antes de la consumación, por venganza, ante la resistencia de la víctima, por ejemplo, o después del delito consumado o tentado, para lograr impunidad, por ejemplo), hay homicidio calificado (art. 112 inc. 6 Cp.), que absorbe a la violación o a la tentativa de violación conexas.

La distinción entre abusos deshonestos y violación la ha encontrado —correctamente— nuestra jurisprudencia en la intención, en elementos puramente subjetivos: la violación requiere, como elemento esencial, el propósito de yacer; si haciendo actos libidinosos no existe este propósito o no puede ser comprobado, hay abusos deshonestos<sup>27</sup>. Los

actos libidinosos preordenados a lograr el acceso carnal o no preordenados a tal fin, pero que se den simultáneamente a otros actos unívocos e idóneos tendientes a lograr el acceso carnal son absorbidos por la violación<sup>28</sup>. Los actos lúbricos son, por lo general, un elemento común a la violación y a los actos deshonestos. La violación, por lo demás, es la especie más grave de actos lúbricos<sup>29</sup>. Cuando los actos lúbricos se den después de consumada la violación, hay concurso real de delitos entre violación y abusos deshonestos<sup>30</sup>.

En el caso de que la intención originaria del agente sea únicamente realizar actos libidinosos y no tener acceso carnal, pero luego, cambiando de idea, penetre carnalmente a su víctima, existirá una progresión criminosa, que entra en el principio de consunción. En casos semejantes nuestra jurisprudencia ha reconocido la existencia de un solo delito, el de violación, por aplicación del principio de consunción<sup>31</sup>.

No es posible la existencia de un delito continuado de violación, incluso cuando autor y víctima en los varios delitos sean los mismos. Ello porque el artículo 77 Cp., que trate del delito continuado, sólo admite la continuación en los delitos que afecten bienes patrimoniales.

## II EL TIPO DE VIOLACION.

11) De acuerdo con el artículo 156 Cp., el delito de violación consiste en “tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo”, en los siguientes casos: 1) cuando la víctima fuere menor de doce años; 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir; 3) cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

El tipo objetivo de la violación consiste, pues, en tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo en las condiciones establecidas por el artículo 156 Cp.

### A. El acceso carnal con persona de uno u otro sexo.

12) El primer elemento de la violación es el tener acceso carnal. El mismo concepto —acceso carnal— lo encontramos en otros tipos: art. 159 Cp. (estupro), 173 Cp. (sodomía) y 174 Cp. (incesto).

<sup>25</sup> Steven Müller, Op. Cit., págs. 7 y 8.

<sup>26</sup> En tal sentido, Hans Joachim Widmann “Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigen Vorliegen einer sogenannten erfolgsqualifiziertes Deliktes”, en Monatsschrift für Deutsches Recht, 1966, pág. 554.

<sup>27</sup> Así, Cas. 14:35 hrs. de 23 de mayo de 1943; Cas. 15 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 15:45 hrs. de 25 de noviembre de 1958; Cas. 15:45 hrs. de 9 de marzo de 1954; Cas. 16:15 hrs. de 21 de abril de 1955; Cas. 15:30 hrs. de 2 de marzo de 1961; Res. Sala 1a. de 10 hrs. de 3 de octubre de 1960; Res. Sala 2a. de 17 hrs. de 2 de junio de 1963.

<sup>28</sup> Entre otros, Louis Lambert “Traité de Droit Pénal Spécial”, Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 575; Paul Logoz “Commentaire du Code Pénal Suisse”, Partie Spécial, Editions Delachaux et Niestlé, Losanne, 1955, pág. 35.

<sup>29</sup> Enrico Contieri “La congiunzione carnale violenta”, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1967, págs. 111 y 112.

<sup>30</sup> En tal sentido, Enzo Jannelli, “Tentativo di violenza carnale e atti di libidine violenti: una vexata quaestio”, en Riv. it. di dir. e proc. pen., 1968, pág. 237.

<sup>31</sup> Así, Res. de Sala 1a. Penal de 10:50 hrs. de 3 de enero de 1970.

Acceso carnal significa la penetración, completa o incompleta, del miembro viril en la apertura vulvar o anal de la víctima<sup>32</sup>. Penetración incompleta existe cuando hay la unión del pene erecto con la apertura vulvar o anal de la víctima<sup>33</sup>. De acuerdo con esta definición del acceso carnal, que es la predominante en doctrina<sup>34</sup>, la violación no requiere ni la completa normalidad ni la perfección del coito, ni la "emissio seminis" ni la "inmissio seminis"; puede haber violación aun cuando el himen de la mujer después del coito quede intacto<sup>35</sup>.

Por las anteriores características se diferencia el "acceso carnal" de la violación del mismo concepto que encontramos en otros tipos penales. No se entendería un estupro cuando la mujer, después del coito, conserve intacto su himen. En el incesto se requiere, a causa del peligro de la concepción, razón de la punición, que haya posibilidad de deposición del semen en el órgano femenino, aunque la mujer sea sexualmente inmadura o inapta para la concepción<sup>36</sup>. El concepto de "acceso carnal" de la violación es igual al "acceso carnal" de la sodomía.

Dos consecuencias importantes derivan del concepto de acceso carnal de la violación:

a) Tal y como configura el artículo 156 Cp. la acción punible, el delito de violación es de "propia mano". En el delito de "propia mano" las particularidades del sujeto activo se deducen de las

<sup>32</sup> Así define nuestra jurisprudencia el acceso carnal. Entre otras sentencias, Cas. 15 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 15:30 hrs. de 9 de octubre de 1959; Cas. 15:15 hrs. de 10 de abril de 1953; Cas. 10 hrs. de 4 de enero de 1962; Cas. 15:30 hrs. de 25 de octubre de 1967; Res. Sala 2a. Penal de 10:45 hrs. de 16 de marzo de 1952; Res. Sala 2a. Penal de 16 hrs. de 8 de octubre de 1952; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 21 de julio de 1964; Res. Sala 1a. Penal de 15:05 hrs. de 4 de julio de 1969; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 25 de junio de 1968.

<sup>33</sup> Así, Cas. 15:15 hrs. de 10 de abril de 1953; Res. Sala 2a. Penal de 16 hrs. de 8 de octubre de 1952.

<sup>34</sup> Entre otros, E. Mezger-H. Blei "Kurzlehrbuch für das juristische Studium", Strafrecht II, Besonderer Teil, 8. Aufl. C. H. Beck'sche Verlag, München, 1964, pág. 66; Schönke-Schröder "Strafgesetzbuch", Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 1974, pág. 1038; "Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch", Herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1958, pág. 1031; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 36.

<sup>35</sup> En tal sentido, Cas. 9:50 hrs. de 28 de enero de 1939; Cas. 15:30 hrs. de 9 de octubre de 1959; Res. Sala 2a. Penal de 10:45 hrs. de 16 de marzo de 1952.

<sup>36</sup> En tal sentido, Mezger-Blei, Op. Cit., pág. 67. Consecuencia necesaria de este punto de vista es que el incesto solamente puede darse cuando la persona penetrada carnalmente es una mujer. Las simples relaciones homosexuales entre ascendientes, descendientes o hermanos quedarían excluidas del tipo del incesto. Este es el punto de vista del legislador en el artículo 174 Cp., pues no dispone el castigo del acceso carnal con persona de uno u otro sexo, como si lo hace en la violación. Por un error de redacción, el artículo 174 Cp. castiga al que tenga acceso carnal con un hermano consanguíneo, pero deja impune el acceso carnal con una hermana consanguínea.

particularidades de la acción penal descrita<sup>37</sup>. Autor de la violación solamente puede ser el varón, que es el único que puede penetrar carnalmente; la mujer puede ser participante en el delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal<sup>38</sup>. La mujer puede ser instigadora (art. 46 Cp.) o cómplice (art. 47 Cp.). Puede ser coautora, puesto que la coautoría del artículo 45 Cp. indica la participación en el proceso ejecutivo del delito (art. 45: es coautor quien realiza el hecho punible conjuntamente con el autor; art. 47 Cp., "a contrario") y realización conjunta del proceso ejecutivo del delito con el autor no implica consumación —penetración carnal— conjunta. La mujer puede ser también autora mediata del delito de violación<sup>39</sup> (caso de determinar a un inimputable a penetrar carnalmente en las hipótesis del artículo 156 Cp. a una persona). Queda, empero, fuera de punición el agente que emplea violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para que se deje penetrar carnalmente por un tercero, si éste desconoce las violencias o las amenazas o si conociéndolas, no estuvo de acuerdo con ellas ni participó en su realización.

b) De acuerdo con la definición de "acceso carnal", deben excluirse del concepto de violación:

- 1) La introducción en la vagina o en el ano de cualquier objeto que no sea el pene, aunque produzca en la mujer la defloración<sup>40</sup>. Asimismo no es violación la introducción en el ano o en la vagina de la verga de un animal. No cometería violación quien hiciera que un animal amaestrado (por ejemplo, un mono) penetrara carnalmente a una mujer<sup>41</sup>.
- 2) La introducción del pene en cualquier otro lugar que no sea la vagina o el ano ("fellatio in ore", coito "interfemoras", etc.)<sup>42</sup>.

Violación solamente puede existir sobre una persona viva. El acceso carnal sobre un cadáver constituye el delito de profanación de cadáveres (art. 207 inc. 2 Cp.). Si el agente inicia el proceso ejecutivo de la violación y antes de consumir el delito la víctima muere, existirá

<sup>37</sup> Jürgen Baumann, "Strafrecht" "Allgemeiner Teil", 7. Aufl., Bielefeld, 1975, Verlag Ernest und Werner Gieseking, pág. 133.

<sup>38</sup> En tal sentido, Res. Sala 1a. Penal de 15:20 hrs. de 18 de sept. de 1969.

<sup>39</sup> Pannain, Op. Cit., págs. 39 y 40.

<sup>40</sup> Así, entre otras sentencias, Res. Sala 1a. Penal de 14:50 hrs. de 19 de octubre de 1961; Res. Sala 2a. 15:45 hrs. de 21 de julio de 1964; Res. Sala 1a. Penal de 10:15 hrs. de 12 de dic. de 1964; Res. 15:05 hrs. de 4 de julio de 1969. En doctrina, entre otros, E. Garçon, "Code Pénal Annoté", 2a. éd., 1959, par Rousselet, Patin et Ancel, Paris, Sirey, 1959, arts. 331 a 333.

<sup>41</sup> En tal sentido, Pannain, Op. Cit., pág. 40.

<sup>42</sup> Entre otras, Cas. 15:45 hrs. de 20 de junio de 1961.

homicidio calificado (art. 112 inc. 6 Cp.) si respecto a la muerte existió, al menos, dolo eventual o violación calificada (art. 157 Cp.), si a consecuencia de la violación —tentada— resulte la muerte.

La penetración carnal realizada sobre un animal constituye la contravención de bestialidad (art. 378 inc. 14 Cp.).

La violación solamente es realizable por comisión, jamás por omisión. Es posible, sin embargo, la realización de la violación por comisión por omisión (art. 18 y 156 Cp. combinados). En tal caso el agente debe encontrarse en la posición de garante (jurídicamente obligado a evitar el resultado) y no impedir la violación, cuando podía impedir la (caso de la madre del niño menor, caso del guardián del enfermo, etc.).

13) La definición de la violación como la penetración, completa o incompleta, del miembro viril en la apertura anal o vulvar de la víctima, es la definición de la violación consumada.

La distinción entre violación consumada y tentativa de violación no presenta mayores problemas: hay tentativa de violación cuando el agente realiza actos tendientes a la violación, que realizan el proceso ejecutivo del delito, que no consisten en la unión del pene erecto con la apertura vulvar o anal de la víctima, y que interrumpe por causas independientes de su voluntad.

Mayores problemas presenta el diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos en la violación.

No existe un criterio seguro en nuestra jurisprudencia para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos de la violación. La mayoría de las resoluciones, empero, emplean el criterio de la univocidad<sup>43</sup>. Aisladamente se emplea el criterio del comienzo de la acción<sup>44</sup> típica<sup>44</sup>.

En nuestro criterio, el problema no puede recibir una solución uniforme para todas las hipótesis del artículo 156 Cp., en el estado actual de los textos. Es necesario distinguir entre el delincuente que emplea la violencia y la amenaza como medio para lograr el coito —tal empleo puede ocurrir en cualquiera de las tres hipótesis del artículo 156 Cp.— y quien no realiza actos de coacción. En el primer caso, una vez determinada la intención de tener acceso carnal, el comienzo de la acción típica coincide con el comienzo del empleo de la violencia o de la amenaza<sup>45</sup>; en la segunda hipótesis, el comienzo de la acción típica —determinada la intención de yacer— se inicia con el comienzo de los actos libidinos. Tal distinción reposa sobre el carácter

<sup>43</sup> Así, Res. 11:15 hrs. de 21 de junio de 1960; Res. Sala 1a. de 10:35 hrs. de 24 de agosto de 1961; Res. Sala 1a. de 16 hrs. de 24 de agosto de 1956; Res. 16:20 hrs. de 19 de mayo de 1963, entre otras.

<sup>44</sup> Así, Res. Sala 1a. de 15:50 hrs. de 27 de dic. de 1968; Res. Sala 1a. de 15 hrs. de 15 de mayo de 1969; Res. Sala 1a. de 15:35 hrs. de 26 de enero de 1960.

<sup>45</sup> A favor del criterio sostenido por nosotros, Cas. 15:30 hrs. de 2 de marzo de 1961. En contra, Res. Sala 1a. de 15 hrs. de 14 de julio de 1970; Res. Sala 1a. de 16:05 hrs. de 24 de enero de 1966; Res. Sala 1a. de 16:20 hrs. de 9 de mayo de 1963.

de alternatividad formal que tienen las hipótesis del artículo 156 Cp. La realización de una sola de las hipótesis realiza el delito; la realización conjunta de las tres hipótesis realiza un solo delito. Por tanto, el comienzo de la acción típica —puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que es la libertad, en su aspecto sexual— coinciden, cuando hay violencia o amenaza, con el inicio de las acciones que impliquen los medios de coacción.

El desistimiento es posible, pero el agente debe responder por los hechos realizados que en sí mismos constituyen un delito (según el caso, amenazas, lesiones, abusos deshonestos, que cuando existen consumen las lesiones y las amenazas modales y necesarias).

## B. Las hipótesis del artículo 156 Cp.

14) El acceso carnal solamente es punible cuando se realiza en alguna de las tres hipótesis del artículo 156 Cp. Fuera de estas tres hipótesis no existe violación, aunque el agente haya tenido acceso carnal con otra persona sin el consentimiento de ésta (por ejemplo, valiéndose del engaño). No ocurre así en otras legislaciones como en la francesa<sup>46</sup> en las que importa es que no exista consentimiento de la víctima para la configuración del delito.

Las relaciones entre los tres incisos del artículo 156 Cp. se estructuran de la siguiente manera: a) El inciso 1 y 2 se distinguen del 3 porque tienen un carácter tutelar. En el inciso 1 del legislador establece una presunción "iure et de iure" de ausencia de voluntad; en el inciso 2 el legislador consagra también una medida de carácter tutelar a quien "por razón de su estado patológico no atina a defender su honestidad"<sup>47</sup>, pero no crea ninguna presunción legal de ausencia de voluntad<sup>48</sup>. No tiene carácter tutelar el inciso 3. b) Las tres hipótesis del artículo 156 Cp. son diversas e inconciliables. No puede haber una integración de ellas entre sí, sosteniendo, por ejemplo, que la violencia módica —de por sí insuficiente— es eficiente para integrar la violación por razón de una módica inferioridad psíquica, de por sí insuficiente<sup>49</sup>. c) El artículo 156 Cp. constituye un tipo de conducta fungible, caracterizado por la posibilidad de realización por el cumplimiento alternativo de las conductas en él previstas. La realización de una sola de las conductas realiza el tipo; la realización cumulativa de todas las conductas en él previstas, de modo contextual, produce uno solo y el mismo delito<sup>50</sup>. Por ello no existe concurso —ni real ni ideal ni de normas— cuando el delincuente utilice violencia o amenaza para realizar el acceso carnal con una enferma mental.

<sup>46</sup> En tal sentido, E. Garçon, Op. Cit., Art. 331; Goyet, Op. cit. pág. 498, entre otros.

<sup>47</sup> Res. Sala 2a. Penal de 10 hrs. de 18 de abril de 1952.

<sup>48</sup> Así, E. Garçon, Op. cit., tomo II, No. 35, Art. 331.

<sup>49</sup> Pannain, Op. Cit., pág. 19.

<sup>50</sup> Sobre el concepto de tipo de conducta fungible véase, Francesco Giannitti, La Fattispecie a condotta fungible", en Scuola Positiva, 1961, págs. 653 ss.

C. Las conductas del artículo 156 Cp. en particular.

1. *Acceso carnal con una persona menor de 12 años.*

15) Esta forma de violación tiene numéricamente gran importancia, pero no presenta especiales problemas interpretativos. Menor de 12 años es la persona que, en el momento de los hechos, no ha cumplido doce años de edad. El cómputo de la edad se realiza de momento a momento, no de día a día: por ejemplo, si un individuo nació a las 12 del día del 8 de junio de 1963, cumplirá doce años a las doce del día del 8 de junio de 1975<sup>51</sup>. La prueba de la edad del menor se prueba por la inscripción de nacimiento; en defecto de ella es admisible cualquier clase de prueba (art. 8 Cpp., art. 233 Código civil)<sup>52</sup>.

Para la realización del delito, además de la intención de tener acceso carnal, se requiere el conocimiento de la edad del menor. Sin embargo, el delincuente debe contar con la posibilidad de que la víctima sea menor de 12 años: el dolo eventual basta<sup>53</sup>. En el caso de que el autor tome erróneamente a la otra persona por menor de doce años, cuando es mayor de esa edad, y no se dan ninguna de las condiciones típicas del artículo 156, se produce un delito putativo, que en nuestro derecho es impune. Es posible un error sobre la edad, que puede exculpar<sup>54</sup>.

2. *Acceso carnal con una persona que se halle privada de razón o que estuviere incapacitada para resistir.*

16) El artículo 156 inc. 2 comporta dos hipótesis: que la persona ofendida se halle privada de razón o que se encuentre incapacitada para resistir. Pero la "o" que utiliza el legislador en ese inciso no es disyuntiva, sino copulativa. Por ello, no puede interpretarse que la incapacidad para resistir venga únicamente de causas físicas, como opuestas a las causas psíquicas, proveniente de una posible enfermedad mental.

<sup>51</sup> El cómputo de momento a momento, y no de día a día, es el adecuado en materia penal, pues las actas de nacimiento expresan la hora en que ocurrió el nacimiento. En silencio de la ley, es necesaria una interpretación favorable al reo.

<sup>52</sup> Toda clase de prueba como la fe de bautismo certificada por el cura párroco (Cas. 13:55 hrs. de 26 de nov. de 1941), la declaración de testigos (Cas. 15 hrs. de 5 de dic. de 1950) o el dictámen médico (Res. Sala 1a. Penal de 10 hrs. de 7 de julio de 1965).

<sup>53</sup> En tal sentido, Eduard Dreher "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, pág. 890.

<sup>54</sup> Hay quienes creen que en tal hipótesis el error sobre la edad es irrelevante. En tal sentido, Pannain, Op. Cit., pág. 20.

Interpretación, que nos parece correcta, es la de la jurisprudencia<sup>55</sup> para la que lo importante es la incapacidad de resistir, no sus causas, que pueden ser psíquicas o físicas.

Respecto a la incapacidad de resistir de carácter psíquico, que derive de una enfermedad mental, ha dicho la jurisprudencia que no es preciso que la víctima se encuentre totalmente privada de razón; basta que ella se encuentre en una situación psíquica tal que "al viciar esencialmente su inteligencia anule su libertad de determinación volitiva..." de tal modo que "...aparezca evidente que el sujeto carecía de capacidad para conocer el valor de sus actos para inhibirse y para actuar, por lo que el consentimiento que prestó al coito carece de la nota de voluntariedad"<sup>56</sup>. De donde se concluye que la incapacidad psíquica del artículo 156 inc. 3 equivale a la incapacidad penal (inimputabilidad) del artículo 42 Cp.: incapacidad de comprender el carácter (ilícito) del acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión<sup>57</sup>.

De la anterior conclusión derivan dos consecuencias: a) No toda enfermedad mental produce un consentimiento inválido para el acto sexual<sup>58</sup>; solamente aquellas enfermedades que causen incapacidad de entender y querer. b) No toda incapacidad para resistir de carácter psíquico proviene de una enfermedad mental: una incapacidad psíquica para resistir puede provenir del consumo de licor, de drogas enervantes, del estado hipnótico, del estado de sueño profundo. Lo importante es que la víctima se encuentre, por razones psíquicas, transitoria o permanentemente, incapacitada para resistir.

No es tampoco necesario que el delincuente haya causado él mismo la incapacidad psíquica para resistir. Basta que se aproveche de ella.

Cuando se trate de una incapacidad psíquica para resistir proveniente del consumo de bebidas alcohólicas, de drogas estupefacientes o enervantes y de sustancias similares, algunas observaciones son necesarias. Nuestra jurisprudencia ha declarado la existencia de la violación sobre una mujer ebria cuando o el licor fue administrado fraudulentamente o cuando se trataba de mujeres de conducta irreprochable, inexpertas en el consumo de licor. Ha negado que haya violación o cuando el estado de ebriedad no le impide defenderse o cuando siendo considerable el licor consumido hay en la mujer —por su comportamiento, por sus antecedentes, etc.— cierta actitud que hacen presumir

<sup>55</sup> Cas. 10:55 hrs. de 19 de enero de 1951; Cas. 9:55 hrs. de 19 de agosto de 1952; Cas. 15:50 hrs. de 15 de enero de 1958.

En doctrina, entre otros, Karl Lackner "StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 9. Aufl., C. H. Beck, München, 1975, págs. 591, 592; Eduard Dreher, Op. Cit., pág. 900; Schöнке-Schröder, Op. Cit., pág. 1042; V. Manzini "Trattato di Diritto Penale Italiano", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1951, Vol. VII, pág. 270.

<sup>56</sup> Res. Sala 1a. Penal de 15:30 hrs. de 22 de marzo de 1966.

<sup>57</sup> La doctrina moderna está por la equiparación de la incapacidad de la violación con la inimputabilidad. En tal sentido, Dreher, Op. cit., pág. 900.

<sup>58</sup> Res. de la Sala 2a. de 15:30 hrs. de 22 de marzo de 1966, precitada.

que, aunque realizó el acto sexual en estado de incapacidad de entender y querer, había consentido a un seguro o posible acto sexual antes de ponerse en estado de incapacidad. Esta visión del problema es correcta: no hay violación cuando el autor y la pretendida víctima toman licor juntos o consumen drogas de común acuerdo y ésta es conducida en estado de incapacidad al coito<sup>59</sup>. El asunto debe resolverse aplicando analógicamente las disposiciones del artículo 44 Cp. sobre la "actio libera in causa", con el agregado de que siempre es necesario el consentimiento de la persona a un seguro o eventual acto sexual. Cuando tal consentimiento no existe —y solamente hay culpa en el consumo de sustancias enervantes— la violación existe.

La incapacidad para resistir de carácter psíquico que derive de una enfermedad mental debe ser determinada conforme a los datos de la ciencia médica. Es una cuestión librada a la medicina forense. Pero muchas veces, determinada la incapacidad sobre todo en casos de débiles mentales, queda al juez el problema de determinar si la libertad del sujeto es suficiente para dar lugar a una relación sexual voluntaria<sup>60</sup>.

La incapacidad física para resistir entra también en el artículo 156 inc. 2 Cp. La misma puede provenir de diferentes causas que se refieren a defectos o estados, permanentes o transitorios, de tipo corporal<sup>61</sup>: parálisis total o parcial, estado de gran debilidad, un gran medio que paralice a la víctima<sup>62</sup>, etc.

Además de la intención de tener acceso carnal, el sujeto activo debe haber conocido o haber estado en la obligación de conocer el estado de incapacidad en que se encontraba la víctima. El dolo eventual basta<sup>63</sup>. No es necesario que el agente conozca el estado de enfermedad; basta que conozca el estado de incapacidad para resistir. El error sobre la incapacidad para resistir de la víctima es un error de tipo, que puede exculpar en las condiciones del artículo 34 Cp.<sup>64</sup>. Este error es frecuente: cierto tipo de enfermedades mentales —que ciertamente no producen siempre la incapacidad de entender y querer— tales como la neurosis, ninfomanías, etc.— producen en los enfermos una enorme actividad sexual<sup>65</sup>. No es de excluir la existencia de un error invencible de prohibición (art. 35 Cp.).

<sup>59</sup> En tal sentido, entre otros, Eberhardt Wahle, Op. Cit., pág. 17.

<sup>60</sup> En tal sentido H. Hannack, Op. Cit., págs. A-74, A-75.

<sup>61</sup> Manzini, Op. Cit., vol. VII, pág. 283; Lackner, Op. Cit., pág. 593; Preisendanz, Op. Cit., pág. 520; Dreher, Op. Cit., pág. 900.

<sup>62</sup> Preisendanz, Op. Cit., pág. 520.

<sup>63</sup> En tal sentido, Schönke-Schröder, Op. Cit., pág. 1043; Lackner, Op. Cit., pág. 592; Preisendanz, Op. Cit., pág. 520; Dreher, Op. Cit., pág. 901.

<sup>64</sup> En tal sentido, entre otros, Pannain, Op. Cit., pág. 29; Dreher, Op. Cit., pág. 901.

<sup>65</sup> Helmut Ostermeyer, "Strafrecht un Psychoanalyse", Verlag Wilhem Goldmann, München, 1972, págs. 14, 15, 16.

### 3/ Acceso carnal cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

17) El artículo 156 inc. 3) castiga al que tenga acceso carnal usando de violencia corporal o intimidación.

En este inciso, como en otros artículos<sup>66</sup>, el legislador contrapone el concepto de violencia —física, corporal o sobre las cosas al de amenaza— o intimidación o violencia moral —de manera antitética—. Otras veces el legislador opone la fuerza en las cosas a la violencia sobre las personas (por ej., art. 212 inc. 1 y 2 Cp.). Por último la ley distingue la violencia sobre las personas de la violencia corporal, según que la violencia se ejerza sobre la víctima o sobre un tercero o solamente sobre la víctima. En este último caso se encuentra el artículo 156 inc. 3, que exige que la violencia sea corporal. Excluye por tanto, la fuerza en las cosas y la violencia sobre terceros: la violencia debe ser corporal; es decir sobre el cuerpo de la víctima.

Concluyendo, puede decirse que violencia es un término genérico (la "vis" romana) que implica el empleo de una fuerza humana o de una fuerza natural o animal dirigidas por un hombre sobre los seres humanos con el objeto de apartar una resistencia<sup>67</sup>. El concepto de violencia corporal, violencia sobre el cuerpo de la víctima, corresponde al viejo concepto canónico de "vis corpore illata".

Al lado de la violencia corporal, el legislador toma en cuenta en el artículo 156 inc. 3 el empleo de la intimidación como medio utilizado para lograr el coito. Intimidación es lo mismo que amenaza<sup>68</sup>, expresión que normalmente emplea la ley, y que violencia moral, concepto utilizado en el artículo 193 Cp.<sup>69</sup>. Los conceptos de amenaza, intimidación o violencia moral corresponden a la "vis animo illata" del Derecho romano.

Violencia y amenaza se asemejan en tanto que ambas son un medio de coacción, entendida ésta como la negación de la libertad<sup>70</sup>. Pero mientras la violencia trae siempre consigo un perjuicio presente

<sup>66</sup> Así, Arts 139, 140, 161, 168 inc. 3, 170, 192, 204, 212, 214, 225, 239, 256, 258, 273, 302, 304, 324, 373 inc. 4, 374, 375 inc. 3 y 4, 378 Cp.

<sup>67</sup> En tal sentido, entre otros Klaus Dieter Knodel "Der Begriff der Gewalt im Strafrecht", C. H. Beck Verlag, München und Berlin, 1962, págs. 126, 129; Erika Schmidt "Die Nötigung als selbständiger Tatbestand und als Tatbestandselement im Strafgesetzbuch", Verlag Herbert Lang & Cie., A. G. Bern, 1969, págs. 60 y 66; Walter Sieberg "Die Gewalt als Mittel zur Begehung strafbarer Handlungen", Diss. Univ. Köln, 1929; Ernst Winkler "Der Begriff der Gewalt im Strafrecht", Diss. Univ. Münster, Breslau, 1908, pág. 47, 50.

<sup>68</sup> En tal sentido, Antonio Beristain, voz "Intimidación", en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S. A., 1968, p. 515.

<sup>69</sup> En tal sentido, Arturo Santoro "Il caso fortuito nel diritto penale", 2a. ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956, 120, 123. Los viejos autores italianos distinguieron entre amenaza y violencia moral, distinción que hoy carece de sentido. Según la clásica definición de Carmignani (Vol. I, § 169) la "vis moralis" "... consistit in metu alicuius mali, quod agenti impedit, nisi id agat, ad quod cogitur".

<sup>70</sup> En tal sentido, Knodel, Op. Cit., pág. 11; Winkler, Op. Cit., pág. 4.

e implica siempre el empleo de violencia sobre el cuerpo de la víctima<sup>71</sup>, la amenaza contiene el anuncio de la causación en el futuro de un mal injusto<sup>72</sup>. La amenaza ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios de manera directa; indirectamente ataca la libertad de realización de esa voluntad. La "vis compulsiva" también ataca la libertad de decisión del coaccionado según motivos propios, sustituyendo motivos ajenos en la decisión a los propios del coaccionado. La "vis compulsiva" no se diferencia, por sus efectos, de la amenaza. La otra forma de la violencia —la "vis absoluta", que ocasiona el dominio total del sujeto sobre el cuerpo del atacado— quita al sujeto pasivo la capacidad de construir la propia voluntad o de realizarla.

La violencia corporal que el artículo 156 inc. 3 requiere puede ser "vis absoluta" o "vis compulsiva" y, por tanto, impedir una decisión del coaccionado según motivos propios o incapacitar a éste para construir su propia voluntad o para realizar la voluntad así construida<sup>73</sup>. Las características de la violencia corporal en la violación no derivan de las notas típicas de la violencia, sino de la circunstancia de que tal violencia debe ser el medio para lograr el coito. La violencia en la violación debe ser inmediatamente anterior o concomitante al acceso carnal y debe ser causal para el coito. Esta relación causal entre la violencia y el coito implica que la violencia debe ser irresistible<sup>74</sup>.

La violencia debe ser irresistible para que haya violación. Ello deriva de que el legislador erige como punto de referencia para la punición la "incapacidad para resistir" (art. 156 inc. 2) y de los principios generales: la vis compulsiva solamente exculpa al agente cuando no podía exigírsele otra conducta diversa de la tenida (art. 38 Cp.), pues de lo contrario es autor del delito: es posible la instigación por medio de la violencia o de la amenaza. Del mismo modo, en la violación realizada por la violencia cuando la víctima no ha resistido, ha cooperado al acto sexual. El problema se desplaza, entonces, al criterio conforme al cual debe juzgarse la resistencia. Un primer criterio es aquel que parte, para efectos de exculpación, del hombre medio. Conforme al mismo irresistible es una "vis quae et in hominem constantem cadere potest"<sup>75</sup>. En nuestra opinión, este criterio es inaplicable a la violencia de la violación: el mismo hace referencia a un arquetipo ideal, el hombre medio, que no existe en ningún lado. El mismo puede ser válido

para efectos del artículo 38 Cp., puesto que en ese artículo hay una referencia a la no exigibilidad de otra conducta. No parece adecuado en la violación, puesto que este delito protege a los particulares contra los ataques que limiten su libertad en el campo sexual y no define las limitaciones que tengan los particulares para el empleo de la fuerza contra los demás sino de modo indirecto. Por ello propugnamos que la irresistibilidad se mida conforme a las condiciones personales de la víctima, según su resistencia física y según su psicología: habrá violencia constitutiva de violación cuando el coito fue obtenido por una violencia que, según sus condiciones físicas y psicológicas, la víctima no pudo resistir, de tal modo que el coito no fue querido por ella.

La jurisprudencia ha aplicado en numerosas sentencias el criterio propugnado por nosotros. Pero algunas sentencias definen equivocadamente la resistencia de la víctima. Al primer grupo pertenecen las resoluciones que definen la violencia a través del efecto en el sujeto pasivo: la violencia es efectiva (causal) cuando la constituyen actos "capaces de crear, en el sujeto pasivo, la imposibilidad de resistir"<sup>76</sup>. La capacidad de los actos de crear tal efecto dependerá de las condiciones físicas del sujeto pasivo. El segundo grupo está constituido por sentencias que exigen que la violencia engendre en la víctima "una resistencia seria, expresión contraria y constante de la ofendida"<sup>77</sup>. Que la resistencia debe ser seria y expresa una voluntad contraria al coito por parte de la ofendida es indudable. Pero es falso que la resistencia tenga que ser constante: si la víctima resiste seriamente al inicio y después accede a la violación, no habrá violación consumada, pero sí tentativa de violación, porque el consentimiento posterior al acto sexual no hace desaparecer la ilicitud de la violencia cuando la mujer resistió al acto sexual<sup>78</sup>.

Dentro de los límites definidos, la resistencia es un concepto esencial para el delito de violación. Por tanto, no puede engendrar la violencia que no es causal (aquella que la víctima y victimario realizan como parte de la "mise en scene" del acto sexual, o sadismo; la "vis grata puellae", que según las palabras de Manzini<sup>79</sup> "soddisfa l'amor proprio e acquista la coscienza della donna"). La causalidad, en todo caso, no es de tipo objetivo sino subjetivo.

La intimidación o amenaza como medio para lograr el coito requiere las condiciones generales de toda amenaza: el amenazado debe creer que la amenaza es seria; es decir, que existe la posibilidad de

<sup>71</sup> En tal sentido, Knodel, Op. Cit., pág. 126; Schmidt, Op. Cit., pág. 66; Winkler, Op. Cit., págs. 45-47; Walter Kern, "Die Nötigung nach art. 181 des schweizerischen Strafgesetzbuches", Diss. Univ. Bern, 1942, Ernst Lang Verlag, 1942, pág. 50.

<sup>72</sup> K. Binding, Op. Cit., Band 1., pág. 83 A. 2; Kern, Op. Cit., pág. 73; Schmidt, Op. Cit., pág. 47.

<sup>73</sup> Así, E. Dreher, Op. Cit., págs. 893, 894; Schönke-Schröder, Op. Cit., pág. 1037; Lackner, Op. Cit., pág. 588é Hans Rudolf Messmer, Op. Cit. pág. 43 s.

<sup>74</sup> Sobre la necesidad de una violencia corporal irresistible, véase Res. de la Sala 1a. de 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 2a. Penal de 14:45 hrs. de 30 de octubre de 1964; Cas. 14:10 hrs. de 3 de dic. de 1942. Res. Sala 2a. Penal de 15:30 hrs., de 4 de agosto de 1961.

<sup>76</sup> Res. Sala 1a. 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. 15:50 hrs. de 12 de mayo de 1959.

<sup>77</sup> Cas. 14:10 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 2a. de 15:30 hrs. de 4 de agosto de 1961.

<sup>78</sup> Es un principio general que el consentimiento del ofendido no puede surtir efectos posteriormente al delito. Partiendo de este principio es que nuestra jurisprudencia ha declarado que la actitud complaciente para nuevos actos sexuales realizados inmediatamente después de la violación, no hace desaparecer ésta. En tal sentido, Res. Sala 1a. Penal de 8:40 hrs. de 11 de junio de 1963; Res. Sala 1a. Penal de 14:45 hrs. de 30 de octubre de 1964.

<sup>79</sup> Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 278.

que se realice el mal con que se le amenaza<sup>80</sup> (por ej., amenaza con una pistola de juguete); el amenazado debe creer que con el comportamiento exigido por el coaccionante —en este caso, las relaciones sexuales, puede apartar de sí el perjuicio con que se le amenaza. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que el amenazado lo crea; el comportamiento exigido del amenazado —en el caso, las relaciones sexuales— y que es el medio de defensa contra el perjuicio, debe ser el producto de su voluntad; el contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal; es decir, el anuncio de una situación perjudicial o desfavorable para el amenazado<sup>81</sup>.

La situación con que se amenaza debe ser perjudicial para el amenazado. Una situación es perjudicial cuando, comparada la situación que tiene el amenazado y la que tendría si no realizada la conducta exigida, resulta que ésta es más desfavorable.

El perjuicio debe ser grave. La gravedad debe medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El tipo de perjuicio con que se amenaza puede ser de cualquier clase: material o inmaterial. Como ejemplo de perjuicio inmaterial puede citarse la violencia a terceros cercanos a la víctima o la amenaza contra los mismos (padres, hijos, esposos, etc.)<sup>82</sup> o, por ejemplo, en el caso de la mujer casada sorprendida en adulterio, la pérdida de su honor. El perjuicio material puede ser de diferente naturaleza: peligro para la salud o el cuerpo o la vida, pérdida del empleo en épocas de gran desocupación cuando la persona tiene obligaciones familiares importantes<sup>83</sup>, etc.

La amenaza consiste en la causación de un mal, pero no en la no remoción de un mal ya existente, incluso en el caso de que el agente tenga el deber jurídico de remover<sup>84</sup>. No comete violación quien exige relaciones sexuales a cambio de colocar a una persona como empleado.

18) El elemento subjetivo de este tipo de violación requiere que el agente sepa que con la realización de las acciones que ponen en movimiento la violencia o que dan lugar a la amenaza alcanzará el resultado, que consiste en un comportamiento pasivo de la víctima, cual es el soportar el coito<sup>85</sup>. Ello requiere, normalmente un dolo directo, aunque para la integración del delito basta el dolo eventual (caso en que el agente aspire eventualmente al resultado). Cuando se utilice la violencia, el dolo debe abarcar la esperada o prestada resistencia de la

víctima. La equivocada suposición de que la resistencia no es seria es un error de tipo (art. 34 Cp). Pero es posible en este dominio el dolo eventual, en los casos el agente vea como posible la seriedad de la resistencia y tome el riesgo de la realización del tipo penal<sup>86</sup>. No es punible por ausencia de dolo el caso en que el autor de la violencia ponga a la víctima en una situación tal que acceda voluntariamente al coito<sup>87</sup>.

### III PENALIDAD DE LA VIOLACION.

19) La penalidad de la violación comporta tres grados: la penalidad simple, la penalidad de la violación calificada y la penalidad de la violación agravada. Es aplicable a la violación la excusa absolutoria que consagra el artículo 92 Cp.

A. Las distintas penalidades de la violación.

20) La penalidad de la violación varía según los resultados, según las calidades personales o jurídicas del autor, o según el número de coautores.

#### 1. Penalidad de la violación simple.

La penalidad de la violación simple es prisión de cinco a diez años, sin distinguir cuál causal realizó el delincuente ni cuántas de las tres hipótesis del artículo 156 Cp. fueron llenadas. En alguna de las hipótesis del artículo 156 Cp. la pena puede parecer desproporcionada, sobre todo en comparación con algunos tipos de homicidio doloso (arts. 113, 115, 116 y 132 inc. 2 Cp.).

#### 2. Violación calificada.

La violación calificada comporta pena de prisión de ocho a quince años cuando el autor fuere ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano o se produjere la muerte de la ofendida".

##### a) Calificación por el parentesco.

La ley excluye a los descendientes que no sean consanguíneos de la calificación. Por error de redacción no dice lo mismo el texto respecto

<sup>80</sup> A. Rigling-Freiburghaus, "Der Tatbestand der Erpressung in Art. 156 des schweizerischen Strafgesetzbuches", Diss. Univ. Zürich, 1943, pág. 39; Hans Rudolf Messmer, Op. Cit., pág. 53; Kern, Op. Cit., pág. 68.

<sup>81</sup> Kern, Op. Cit., pág. 72, 73.

<sup>82</sup> Por la existencia de la violación en tales casos, R. Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz", 17. Aufl, Tübingen, 1926, pág. 284; Messmer, Op. Cit., pág. 47.

<sup>83</sup> En tal sentido, Uwe Hansen "Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1972, págs. 159, 160.

<sup>84</sup> Uwe Hansen, Op. Cit., pág. 134.

<sup>85</sup> En tal sentido, Messmer, Op. Cit., pág. 61; Kern, Op. Cit., pág. 123; Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 281.

<sup>86</sup> En tal sentido, Dalcke Fuhrmann-Schäfer "Strafrecht und Strafverfahren", 37. Aufl., J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1961, pág. 221; R. Maurach, Abmerkung BGH, in Goldtdammer's Archiv, 1956, pág. 305; Lackner, Op. Cit., pág. 598; Schönke-Schröder, Op., pág. 1038.

<sup>87</sup> Así, Lachner, Op. Cit., pág. 598.

al ascendiente o al hermano. Pero es claro que de la agravación están excluidos los ascendientes y hermanos por afinidad. No hay ninguna calificación de la violación cuando entre víctima y autor haya relación de ascendiente, descendiente o hermano por adopción. Lo cierto es que la adopción crea los mismos vínculos afectivos que la relación de parentesco consanguínea.

Para incurrir en la calificación los mencionados parientes deben ser "autores". El concepto de "autor" es definido por el artículo 45 Cp. como el que realizare el hecho punible por sí mismo o sirviéndose de otro. Literalmente interpretado el concepto "autor", llevaría a la absurda consecuencia de aplicar la agravación al autor mediato, pero no al coautor. En todo caso, quedan fuera de agravación los parientes que hayan sido garantes y que respondan de la violación realizada por comisión por omisión, pues al referirse el artículo 157 al concepto "autor", envía al artículo 45 Cp., que define el autor "normal".

El artículo 157 califica la violación cuando exista las mencionadas relaciones de parentesco entre el "autor" y la "ofendida". Ofendida es un término inadecuado porque en nuestro derecho la violación puede cometerse sobre persona de uno u otro sexo.

### b) Calificación por el resultado.

La violación se califica cuando se produce la muerte de la ofendida. Hemos dicho que la muerte de la ofendida puede resultar de la violación tentada o consumada, sin importar que haya dolo o culpa. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva.

Nosotros proponemos la siguiente reforma a este artículo:

"La pena será de ocho a quince años de prisión cuando el autor, coautor, autor mediato o garante conforme al artículo 18 de este código fuere, por consanguinidad o adopción, ascendiente, descendiente o hermano del sujeto pasivo de la violación o se produjere la muerte de éste".

### 3. Violación agravada.

De acuerdo con el artículo 158 Cp. la pena será de seis a doce años —no dice que sea de prisión— cuando con motivo de la violación resultare grave daño a la salud de la víctima o cuando el hecho fuere realizado por el encargado de la educación, guardia o custodia de aquella o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos prevaliéndose de su condición".

Grave daño a la salud es un concepto que no presenta mayores dificultades: todas las consecuencias que tengan su raíz en la violación tentada o consumada y que produzcan un grave disturbio funcional, orgánico o psíquico entran en ese concepto (embarazo extrauterino, fuerte hemorragia, locura o graves desajustes psíquicos de la víctima, etc.).

El artículo 158 Cp. agrava también la violación cuando ésta haya sido "realizada" por el encargado de la educación, guardia o custodia de la víctima. "Realización" significa participación en el proceso ejecutivo del delito. Puesto que la razón de la agravación es que estas personas son conductoras de la vida o guardianas de la víctima, conveniente sería alargar el concepto y castigar agravadamente a quien realice el delito si es "encargado de la formación educativa, técnica, profesional o espiritual o de la guardia o custodia del sujeto pasivo".

Por último, el artículo 158 Cp. agrava la violación cuando se cometiere con el concurso de una o más personas. La razón de la agravación es que el número de personas aumenta la dificultad de resistencia y, por tanto, el peligro. Partiendo de esa idea han dicho la doctrina y la jurisprudencia francesas que en tal caso la pluralidad de agentes debe formarse sin tomar en cuenta el cómplice, el instigador —que en el derecho francés entra en el concepto de complicidad— ni el autor mediato<sup>88</sup> y, agregamos nosotros, el garante. Lo que debe castigarse agravadamente es la coautoría, definida como realización del hecho típico "conjuntamente con el autor" (art. 45 Cp.).

Para nosotros sería la siguiente una correcta redacción del artículo 158 Cp.

"La pena será de seis a doce años de prisión cuando de la violación o de su tentativa resultare grave daño en la salud de la víctima o cuando el hecho se realizare en coautoría, o cuando el autor, autor mediato o garante conforme al artículo 18 de este código fuere el encargado de la guardia o de la custodia o de la formación educativa, profesional, técnica o espiritual del sujeto pasivo".

### B. Extinción de la acción penal o de la pena por el matrimonio con la ofendida.

21) Según el artículo 92 Cp. "...extinguen la acción penal o la pena, el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida, cuando éste es legalmente posible en los delitos contra la honestidad y no haya oposición de parte de los representantes legales de la menor y del Patronato Nacional de la Infancia".

Disposición semejante a ésta existió en el Código Penal de 1941. Su origen remonta al derecho medieval que confería al estuprador no violento la posibilidad de dar dote a la estuprada, de casarse con ella o de ser condenado a galeras ("aut dotet, aut nubet, aut ad triremes")<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> En tal sentido, E. Garçon, Op. Cit., tomo I, N° 40, art. 60; Goyet, Op. Cit., pág. 499. En jurisprudencia, Cass, franç 27 nov. 1856, S-1857-1-180; Chab. Crim. 5 oct. 1961, en Revue de Science Criminelle, 1962, pág. 333.

<sup>89</sup> Carlos Alberto Pintos "La extinción de la acción penal y de la pena por el matrimonio subsecuente", en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 202.

La naturaleza de la institución ha sido controvertida. Para unos deriva del perdón<sup>90</sup>, para otros es el reconocimiento de efectos al arrepentimiento tardío, al que la ley da eficacia dirimente y no únicamente atenuante como ocurre con el arrepentimiento común<sup>91</sup>. Otros ven en ella una excusa legal absoluta, posición que compartimos. El fundamento de tal excusa es restituir la paz individual turbada por el nacimiento de la pretensión punitiva del Estado, por el reconocimiento de una nueva situación jurídica entre sujeto activo y pasivo del delito —el matrimonio— que hace desaparecer la situación antagónica entre los sujetos, que existía antes del nacimiento de esa situación jurídica.

La redacción del artículo 92 Cp. es defectuosa y su interpretación literal puede llevar a consecuencias paradójicas. Así, lo que extingue la acción penal o la pena es el hecho del matrimonio. Y aunque el artículo 92 Cp. agrega “del procesado o condenado”, se entiende que la acción penal se extingue respecto al agente que no haya sido todavía procesado o condenado. A su vez, es el matrimonio válido —legítimo— lo que constituye excusa legal absoluta, que en nuestro medio es el civil o el católico —de modo que se excluye cualquier otro matrimonio religioso que no sea el católico, se excluye la promesa de matrimonio y la cohabitación “more uxorio”. Pero celebrado el matrimonio, el juez, tribunal o Ministerio Público deben atenerse a ese hecho, aunque esté viciado de nulidad relativa. Si está viciado de nulidad absoluta, la situación cambia, porque el artículo 176 Cp. declara punible un matrimonio realizado en tales circunstancias. En tal hipótesis corresponderá al Ministerio Público poner en movimiento la acción penal por el nuevo delito o al Tribunal o Juez proceder conforme al artículo 117 Cpp. No se puede imaginar en ese caso una extinción de la acción penal o de la pena.

La extinción de la acción penal opera en cualquier etapa o grado del procedimiento mientras la misma no se haya extinguido por la firmeza de una de las resoluciones que producen autoridad de cosa juzgada.

La excusa absoluta se extiende únicamente a la acción penal o a la pena. No se extiende a la acción civil, ni a otras consecuencias diferentes de la pena (inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes, posibilidad de ser declarado, con base en el hecho cometido, delincuente habitual o profesional o reincidente en el futuro). Puesto que la ley habla únicamente de extinción de la pena y bajo este concepto se entienden penas principales y accesorias, no extingue el matrimonio las medidas de seguridad impuestas.

La extinción de la acción penal y de la pena vale solamente para el delito (consumado o tentado) de violación, pero no se extiende a los delitos concurrentes o conexos con aquél<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Sebastián Soler “Derecho Penal Argentino”, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, tomo III, pág. 413.

<sup>91</sup> Manzini, Op. Cit., vol. VII, pág. 300.

<sup>92</sup> Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 300.

El artículo 92 Cp. dice que extingue la acción penal o la pena el matrimonio “del procesado o condenado con la ofendida”. No hay problema cuando sólo hay un procesado o un condenado. El problema surge cuando hay varios procesados o condenados, porque el delito fue cometido en participación. La doctrina afirma que cualquiera que sea el procesado o condenado que se case con la ofendida —no necesariamente el autor en sentido estricto del hecho— da nacimiento a la extinción de la acción penal o de la pena<sup>93</sup>, a condición de que haya sido participante en el delito (no se operaría tal efecto cuando el que se case sea un encubridor).

#### IV. CONCLUSIONES

La actual concepción legislativa de la violación debe ser en el futuro modificada. La más difícil es el cambio del artículo 156 Cp. que, equivocado en algunos aspectos, se integra de manera más o menos lógica en el conjunto de los delitos sexuales.

Un probable camino para la reforma podría ser:

- a) Separar en artículos independientes los dos primeros incisos del artículo 156 Cp. del tercero. Aquellos quedarían en un solo artículo.
- b) Definir de manera diferente la hipótesis del inciso 3 del artículo 156 Cp. de tal modo que se suprima el carácter de delito de propia mano que hoy tiene. Una probable redacción sería:

Art. 156 a) “Será reprimido con prisión de [este lapso de tiempo lo fijaría el legislador] el que obligare por medio de violencia o amenaza a una persona a soportar de él o de un tercero un acceso carnal”.

- c) Evitar, por medio de una cláusula de subsidiariedad expresa, el concurso real o ideal entre el artículo 156 y el nuevo artículo 156 a) Cp.

Resta el problema de la penalidad para la violación simple, calificada o agravada. Nosotros nos hemos referido a la que sería una mejor redacción de los artículos 157 y 158 Cp. No nos hemos referido a la penalidad que tienen porque el monto de la pena de ellos solamente puede convenientemente revisarse en la medida en que se haga una revisión general de los montos de todas las penas de los hechos pre-

<sup>93</sup> En tal sentido, Manzini, Op. Cit., vol VII, pág. 301; Carlos Alberto Pintos, Op. Cit., págs. 211 y 212; Carlos Fontán Balestra, Op. Cit., pág. 215; Guillermo A. Aguirre, Arturo A. Tigier y Elías Klass “La Paternidad en caso de violación múltiple”, en Revista del Centro de Estudios Criminológicos, N° 3, 1968, Mendoza Argentina, Imprenta Oficial, pág. 110.

vistos en el Código penal del 70. Dentro de esta revisión general tendrá que verse la posibilidad de implantar medidas más severas que las actuales penas o medidas de seguridad de nuestro legislador. Me refiere sobre todo a la castración de delincuentes sexuales multireincidentes, aplicada en otros países. //

Entre tanto, esperamos que este artículo abra en nuestro país una discusión fructífera.

## “LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO FRENTE A LA LEGISLACION CIVIL COSTARRICENSE”

*(Conferencia impartida por el Dr. Gastón Certad M.,  
Profesor de la Cátedra de Principios de Derecho Privado,  
en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universi-  
dad de Costa Rica el 1º de marzo de 1976, para la inau-  
guración del Año Académico 1976) \*.*