

## La violación conyugal y concubinal.

Edison Carrasco Jiménez\*.

**Resumen:** El presente artículo tiene por objeto exponer la violación conyugal y concubinal en su regulación por el derecho penal y por la legislación nacional en materia de violencia intrafamiliar, analizar su estatuto y presentar las dificultades en la precisión interpretativa de su contenido, así como posibles soluciones de hermenéutica legal, para los problemas presentados, sean éstos tanto penales como procesales.

Además, se analizarán brevemente las implicancias sobre esta materia, del Anteproyecto de Código Penal del 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia.

**Palabras Claves:** Violación – Violación conyugal - Delitos sexuales – Cónyuges – Convivientes – Violencia Intrafamiliar.

### I.- Exposición.

Fuera de los problemas ocurridos dentro del contexto del matrimonio y de las relaciones de convivencia, y a los que el derecho ha contestado o tratado de contestar con una solución del orden civil y de familia, existen a su vez otros de mayor gravedad, y que como tal, requieren a su vez de respuestas de proporcional intensidad a aquéllos, incidiendo en un control social altamente formalizado como lo otorga el derecho penal<sup>1</sup>, y como el derecho sobre violencia intrafamiliar<sup>2</sup>, haya de corresponderle igualmente.

Si bien la criminología había puesto en el tapete con mucha anterioridad el tema de la violencia sexual dentro del contexto familiar, el derecho tuvo una lenta llegada sobre este punto, tanto en cuanto leyes que regularan todo tipo de violencia sexual, como normas que apuntaran a

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Bolivariana, sede Chillán.

<sup>1</sup> Cfr. Pass. Mir Puig, *Derecho penal*.

<sup>2</sup> Sobre este punto, el derecho sobre violencia intrafamiliar supone algo más que el derecho de familia, aunque si bien, la competencia es entregada a los tribunales de familia en aquellas conductas no constitutivas de delito. Por cierto que se pueden establecer una sistematización y diferenciaciones en orden a considerar ciertos hechos relevantes para el derecho de familia y otros para el derecho penal. Pero no puede desconocerse que en el tratamiento de conjunto y en la consideración unitaria del fenómeno, es un derecho de difícil categorización, que responde con transversalidad a la pregunta por su naturaleza y clasificación. En razón de su complejidad, lo sustraemos como privativo del derecho de familia, y lo suponemos como propio en su clase.

figuras derechamente delictuales, constituyéndose en una “materia incierta”<sup>3</sup> en nuestro país. Dentro de este contexto, se encuentra una conducta desestimada largo tiempo como delito y objeto de control social: la *violación conyugal* o *marital* y la *violación concubinal*.

Muy por el contrario a lo que se puede estimar, los casos de violación entre cónyuges y convivientes eran y son una realidad, siendo tan ofensivas o degradantes como las violaciones comunes<sup>4</sup>. Estos casos, adolecían de invisibilidad para el sistema<sup>5</sup>, ocultos en la fría “cifra negra” que hacía pensar la inexistencia de la conducta. Sean algunas razones la vergüenza de muchas víctimas para efectuar la denuncia, o bien por la desconfianza ante un sistema que impedía el control judicial de estos hechos de agresión, sea por la burla o indiferencia de organismos policiales y judiciales ante ellos<sup>6</sup>, ora, por la falta de viabilidad jurídica que la jurisprudencia otorgaba al caso.

Pero otra visión cómplice para su desestimación, se encontraba en el pensamiento social y jurídico del orbe. Las razones para su desconsideración eran diversas. Desde el punto de vista social, en razón de la formación cultural de la población masculina, concebía ésta el deber de disposición constante de la mujer para el acto sexual<sup>7</sup>, generalmente originada esta concepción por los esquemas autoritarios ligados al machismo y al patriarcado<sup>8</sup>. Como respuesta de lo anterior y desde el punto de vista jurídico, se aducía la naturaleza del contrato de matrimonio, para hacer derivar el consentimiento implícito y permanente de la mujer en el otorgamiento de “favores sexuales” al hombre<sup>9</sup>. Por otro lado, dicho acuerdo de voluntades era entendido más bien, como un vínculo contractual privado sobre bienes, donde el marido era el adquirente, y la mujer, la cosa. De ahí que el esposo detentaba la propiedad sobre la cónyuge<sup>10</sup>, razón por la cual sólo se ejercitaban las facultades de uso y goce en ésta. Fuera de esto existía un tercer argumento, derivado de una vergonzosa y errada interpretación de las Escrituras, sobre la unión entre mujer y varón por el matrimonio que genera el denominado *ius in corpus* o *débito conyugal*<sup>11</sup>.

---

<sup>3</sup> Opinión del profesor Luis Ortiz Quiroga, en Informe presentado a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo al proyecto (1048-07) en segundo trámite).

<sup>4</sup> Schneider, “Violencia en la familia”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, p. 44.

<sup>5</sup> Grosman y Mesterman, *Maltrato al menor*, p. 69.

<sup>6</sup> Ulloa, *Violencia doméstica: estrategias legales y experiencias judiciales*, pp. 20-22.; Echevarría, Casilda, “La urgencia de legislar” en Bilbao, María Josefina, et al, *Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos*, SERNAM, pp. 71-72; Casas et al, *Violencia de género y Reforma procesal penal chilena*, pp. 30-35.

<sup>7</sup> Millán, Cecilia, *Masculinidad y violencia conyugal*, p. 163. Gloria Camacho apunta a propósito de lo expresado: “Los reclamos y exigencias del marido (...) ponen de manifiesto el carácter contractual de la vida conyugal e ilustra bien como la dependencia económica de la mujer no sólo supone el cumplimiento de las tareas reproductivas sino que implica obligaciones emocionales y sexuales con el hombre proveedor. Éste es pues, un pilar fundamental sobre el que se afianza el poder masculino al interior de la pareja” (Camacho Gloria, “Relaciones de género y violencia”, en Herrera Mosquera, Gioconda (compiladora) et al (2001), *Estudios de Género*, Flacso, Ildis, Quito, Ecuador, p. 146).

<sup>8</sup> Bravo, Mariana, *Incesto y violación*, características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual, pp. 76-81.

<sup>9</sup> Sobre el respecto señala Camacho: “La socialización que recibieron mujeres y hombres inciden en este aislamiento y poco gratificador ejercicio de la sexualidad donde (...) la ‘sexualidad maternal’ o la ‘servidumbre erótica’ dentro del matrimonio serán las opciones que tiene la mujer quien, al no ser dueña de su cuerpo, su vida, de sus deseos, deja de ser sujeto de sí para convertirse en objeto de otros” (Ibid., p. 145).

<sup>10</sup> Opinión de Susana Cortina, Cit. por Morales, *Actualización doctrinaria y jurisprudencial del delito de violación*, p. 85.

<sup>11</sup> En efecto, en el Evangelio según Mateo se señala: “Por esto el hombre dejará padre y madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne” (Mat. 19:5). En el mismo sentido la Primera Epístola a los Corintios, capítulo 7 verso 3 y 5: “El marido pague a la mujer el débito, y así mismo la mujer al marido. La mujer no tiene potestad sobre su cuerpo, sino el marido; e igualmente, el marido no tiene potestad sobre su cuerpo, sino la mujer. No os privéis recíprocamente, a no

Esto era entendido como que ambos contrayentes se constituían en una sola carne, debiéndose potestativamente uno al otro en forma irrestricta. De ahí y casi absurdamente, se erraba en la interpretación penal, concluyendo que era imposible la procedencia de la violación contra la cónyuge, “imposibilidad legal” fundada en que “el esposo no se podía violar a sí mismo”<sup>12</sup>.

Desde el seno de un razonamiento dogmático—penal, el problema, basado en el concepto del *ius in corpus*, era planteado mayoritariamente desde el seno de la antijuricidad. Si considerábamos que el “débito conyugal” consistía en un derecho del esposo para disponer de la mujer sexualmente sin reservas, y por otro lado, un deber para la mujer en acceder, las normas de una legislación que contemplaran dicha permisión y en el sentido propuesto, amparaban la conducta típica. En consecuencia, la conducta amparada por el derecho se encontraba legitimada, y con ello, la juricidad satisfecha, declinando en la posterior analítica para la configuración del delito<sup>13</sup>. Sólo era admitida la negación de la mujer cuando ésta temía de algún contagio<sup>14</sup> o cuando fuere atentatorio el acto al pudor público<sup>15</sup>.

En Argentina, Ure por ejemplo, fundaba su negativa de la antijuricidad de la relación sexual no consentida entre cónyuges, en el mentado débito conyugal, considerando éste como

---

ser de común acuerdo (...) y después volved a cohabitar”<sup>11</sup>. La versión de Casiodoro de Reina de la Biblia señala para la epístola citada: “El marido cumpla con la mujer el deber conyugal, y asimismo la mujer con el marido. La mujer no tiene potestad sobre su propio cuerpo, sino el marido; ni tampoco tiene el marido potestad sobre su propio cuerpo, sino la mujer. No os neguéis el uno al otro (...) y después volved a juntaros”<sup>11</sup>. Pablo señala más bien esto a propósito de deberes y derechos entre los cónyuges. De ahí las nomenclaturas como *débito*, para señalar deuda recíproca, que en este caso era el deber de cohabitación. De ahí que “la palabra *negarse*, como la de *defraudar* solía usarse frecuentemente en relación a las deudas. La idea de Pablo es que, cuando uno se casa, le debe algo a su pareja. Uno se obliga a cubrir sus necesidades físicas. Privar a esa persona de esto, defraudarla, significa no cumplir promesas y eso equivale a no pagar deudas” (Cutrer y Glahan, *Intimidad sexual en el matrimonio*, Editorial Portavoz, 1998, p. 38). De acuerdo a ello, las Escrituras señalarían un deber recíproco, que en el evento de no cumplirse sería defraudado, pero no implica ni amerita el uso de la violencia. Si Pablo equipara la situación de deudores y cónyuges, trae a colación la regulación jurídica judaica (como buen fariseo) de los deudores insolventes, los cuales podían ser reducidos a esclavitud en el derecho hebreo, teniendo, en todo caso, un trato bastante más humanitario que en otras realidades de pueblos antiguos<sup>11</sup>. Si referida humanidad tenía lugar en la situación de quien podría convertirse en esclavo, cuanto más con la cónyuge. Este sentido se robustece más aún, considerado que Pablo utiliza del griego la palabra *οφειλέ* (*ofeilé*), derivación de la palabra *οφειλέμα* (*oféilema*) utilizada en la oración del *Padrenuestro* “perdona nuestras deudas (*ofeilé*), como también nosotros perdonamos nuestros deudores *οφειλέται* (*ofeilétai*)”, lo que significaba la admonición al judío, que en aras de su legítimo derecho, dispensara al deudor en la pérdida de libertad. Si todas estas normas existían en el elemento comparado, cómo no habría de seguirse esta línea interpretativa tratándose de una relación de afectos como lo era la conyugal.

<sup>12</sup> Cortina de Cárdenas, Susana, cit. por Morales Acosta, *Actualización doctrinaria y jurisprudencial del delito de violación*, p. 84.

<sup>13</sup> Señala Mariana Bravo, a propósito de lo expresado: “A la luz de estos principios es que podemos entender porqué durante tanto tiempo el abuso sexual dentro de la relación de pareja, del matrimonio (...) no constituía un tema enmarcado dentro de una problemática social. Desde este punto de vista, pareciera ser que el tema del abuso se relaciona con aspectos de poder y pertenencia donde, en relación a la sexualidad, la sociedad otorga este privilegio al ámbito personal, íntimo y familiar, siendo, por tanto, difícil de entender y encontrar soluciones que provengan desde el ambiente externo” (Bravo, *Incesto y violación*, p. 85).

<sup>14</sup> Argumento que se arrastraba de pretéritos tiempos, como lo señala la Partida IV, Título II, Ley VII quien contempla la aceptación de la negativa del cónyuge a la relación sexual, por lepra del otro cónyuge: “puede apartar su camara y su lecho del para non estar nin yazer continuamente conel”. Y en este sentido se dirige la interpretación de Morin (Cfr. Morin, Alejandro, “El campo semántico de la lepra en Siete Partidas de Alfonso el Sabio”, en *Revista Temas Medievales*, (Volumen 12), (1), (enero-diciembre), Buenos Aires, Argentina, 2004, [versión electrónica], [citado 14 Septiembre 2007], pp. 165-175. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So327-50942004000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So327-50942004000100008&lng=es&nrm=iso)>).

<sup>15</sup> Corcoy et al, *Manual práctico de derecho penal*, p. 305

“inherente a los fines del matrimonio”<sup>16</sup>. Esto no significaba para el autor dejar impune los actos de violencia con ocasión del acto sexual y sus efectos (lesiones, aborto) o los efectos lesivos del coito (contagio venéreo). Soler, niega la violación entre cónyuges amparado en el débito conyugal, salvo tratándose de “actos contra natura”<sup>17</sup>, o para evitar el contagio de una enfermedad. Tampoco ampara las lesiones producto del *ius in corpus*. En una posición un tanto diversa, Antón y Rodríguez en España, no son tan claros en un rechazo categórico de la violación conyugal bajo todo respecto. Aducen el débito conyugal como deber y derecho de los cónyuges, aceptando la violación, sólo si existe “un exceso en el ejercicio del derecho” o en el caso en que “el débito no sea obligado a consecuencia de una separación legal”<sup>18</sup>, o en el caso de fuerza<sup>19</sup>.

Pese a las opiniones en pro del recogimiento legal y típico de la violación conyugal<sup>20</sup>, la situación no ofrecía mayores luces de repercusión en el derecho.

En nuestro país no era muy distinta la situación en los hechos, ocultándose la violación conyugal bajo el velo de la impunidad<sup>21</sup>. Nuestra legislación no contaba con una mención al fenómeno, ni típica, ni de efectos extensivos sobre los sujetos activos/pasivos que ostentaban los cónyuges de una acción de tal categoría, donde más bien los delitos sexuales eran cubiertos “por hipótesis delictivas, previstas por el legislador penal, no coincidentes cabalmente con los modos y circunstancias reales de comisión de los delitos”<sup>22</sup>, dejando en la periferia y al desamparo, las agresiones sexuales en la pareja. Esto respondía en gran parte a la sistemática del Código Penal, el cual trataba los delitos sexuales como delitos contra la moralidad pública y el orden de las familias, lo cual hace suponer a algunos que el Código protegía no a las personas, sino a ciertas instituciones, que en este caso, era más bien la moralidad familiar<sup>23</sup>. Por ello no eran ni tipificadas, ni consagradas como conductas atentatorias, los actos de violencia sexual existente en el seno familiar, incluyendo la violación conyugal.

La discusión jurídica nacional parecía inclinarse hacia la aceptación de la violación conyugal como delito, pero con algunas reservas. Así Del Río, firmaba la tesis de la violación, basándose en que el legislador no distinguía cónyuges de quienes no eran al hablar de violación, y por la

---

<sup>16</sup> Ure, *Los delitos de violación y estupro*, p. 49.

<sup>17</sup> Soler, *Derecho Penal Argentino*, V.3, p. 285.

<sup>18</sup> Antón y Rodríguez, *Derecho Penal*, Parte especial, Tomo III, p. 261.

<sup>19</sup> En Italia, Carrara parece rechazar la tesis de la violación conyugal. Acotaciones periféricas a la violación (e incluso al corpus material y textual de su *Programa de Derecho Criminal*, con sendas notas al pie), nos conducen en el pensamiento propuesto. Carrara sostiene que para la existencia de violación, se necesita la concurrencia de presupuestos objetivos y subjetivos en la violencia ejercida, de tal modo que si el sujeto cree que está forzando a la cópula, pero concurre el consentimiento de la supuesta ofendida, no hay violación. “Los elementos subjetivos de la violencia – señala Carrara – se han presentado completos, pero no hay violencia carnal, porque falta el elemento objetivo, o sea, una voluntad que rechace ese fin, y que quede vencida por la fuerza ajena. Y aun cuando esa hipótesis se verificara, no entre dos esposos, sino entre dos amantes, el concepto de la violencia carnal siempre sería antijurídico” (Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, p. 243) [énfasis es nuestro]. Es decir, de existir la voluntad que rechace la violencia para el acceso, es antijurídico tratándose de los “amantes”, que podríamos entender (con mucha amplitud y generosa interpretación) tal vez a los convivientes. Pero respecto de los cónyuges se excluiría la antijuricidad de la conducta, para el autor italiano.

<sup>20</sup> Así Schneider señalaba: “La violación entre cónyuges tendría que figurar explícitamente como delito en el Código Penal; la ley debe condenarla para oponerse así a la aprobación o la tolerancia de la violencia por la opinión pública.” (Schneider, op. cit., p. 50).

<sup>21</sup> Sesión N° 27, 15 de diciembre de 1998, opinión del Señor Ignacio Walter y el Señor Juan Bustos.

<sup>22</sup> Mensaje del Ejecutivo al Proyecto de Ley que modificaba diversos cuerpos normativos, en relación a los delitos sexuales, párrafo 19. Aun cuando el proyecto contemplaba periféricamente el caso de la violación conyugal, cuestión que decantó con mayor fuerza, en las discusiones en el seno del legislativo.

<sup>23</sup> Bravo, Mariana, *Incesto y violación*, características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual, p. 48.

armonía que debía guardar la “pretendida” obligación de la mujer “con la protección y respeto que el marido le debe por mandato expreso de la ley”<sup>24</sup>. Labatut<sup>25</sup>, acoge la tesis de la violación, pero siempre que existiese oposición legítima de la mujer a la relación sexual. El fundamento del rechazo de aquélla, lo encontraba en la obligación de protección del marido que debe a la mujer según el artículo 131 del Código Civil. Etcheberry<sup>26</sup>, por su parte, en un primer momento (en la edición de 1964) denegaba la posibilidad de violación conyugal, sólo incriminando al marido por la violencia o lesiones producidas. Posteriormente (en la edición de 1976) modifica su pensamiento al rechazar esta idea, y formular un *mea culpa* sobre el tema: “Un examen más detenido del punto nos ha llevado a la conclusión de que no hay razones valederas para excluir esta conducta del ámbito de la violación”<sup>27</sup>. Es así como en la presente edición de su *Derecho Penal* del año 1976, y su posterior revisión en 1997 y reedición el 2001, acoge ampliamente la tesis de la violación conyugal, en razón que el bien jurídico comprometido es “tan delicado y personalísimo, y que envuelve en tal alto grado la personalidad la libertad y la intimidad de otra persona”<sup>28</sup>. Afirmaba así, que en ningún caso se podía aceptar vulnerar la voluntad de la cónyuge, tratándose de relaciones sexuales anormales, y que ni aún cuando la negativa de la cohabitación se fundare en el simple capricho, dando lugar sólo una causal de divorcio de acuerdo al artículo 21 N° 7 de la antigua Ley de Matrimonio Civil.

Ahora bien, las referencias doctrinales del orbe respecto de la relación sexual no consentida en el caso de los convivientes, era casi enteramente suplida, no encontrando alguna referencia en su mención, salvo la opinión de Ure<sup>29</sup>. Éste, aplicaba similares consecuencias de su pensamiento a los convivientes, en la negativa de violación conyugal. Argumentaba en que existe una posición del concubino “equiparable” al del esposo, por el “consorcio estable” existente entre ambos, que al compartir “la mesa y la cama”<sup>30</sup> y vivir juntos, supone la plena admisibilidad de las relaciones sexuales entre ellos, no pudiendo la concubina, por ende, rehusarse al acto sexual.

Por su parte, la legislación, se ausentaba para referir el caso de los concubinos; ni siquiera penalmente inexistente sino casi jurídicamente inexistente.

A través de diversas consideraciones, el acto sexual sin consentimiento en las relaciones conyugales, tomó cuerpo en el derecho y en el discurso social de una parte del mundo, fuere como violencia sexual intrafamiliar<sup>31</sup>, bien como tipo, o bien extensión del tipo violación a las personas involucradas. Previamente, y qué duda cabe, fue requisito *sine qua non* alejarse de la construcción que el derecho concertado del orbe y el pensamiento socio-jurídico había elaborado. La Sentencia N° 600 del 22 de abril de 1994 de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, es perfectamente aclaratoria de dicho alejamiento y de la estructuración de un nuevo pensamiento: "El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación

<sup>24</sup> Del Río, *Derecho Penal*, Tomo III, p. 307.

<sup>25</sup> Labatut, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 138.

<sup>26</sup> Etcheberry, *Derecho penal*, IV, 1976, p. 61.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> Etcheberry, *Derecho Penal*, IV, p. 60; Etcheberry, *Derecho Penal*, IV, 1997, p. 62.

<sup>29</sup> Ure, op. cit. pp. 49-51.

<sup>30</sup> Ure, op. cit., p. 50.

<sup>31</sup> La mayoría de estas legislaciones son más bien recientes, casi propiciadas desde el último decenio del siglo pasado. En Bolivia en 1995 con la Ley 1.674, art. 6, letra c); en Costa Rica en 1996, con la Ley 7.586, Art. 2 letra d); en Ecuador en 1995, con la Ley N° 103, en su artículo 4°; en El Salvador en 1996, Decreto 902 en su art. 3°; en Guatemala en 1996, con Decreto 97-96 en su art. 1°; en Honduras en 1997 con Decreto 132-97, art. 5°; en Panamá el 2001, con la Ley 38, art. 2., etc.

de las libertades inherente a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto a través del matrimonio se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los contrayentes irrespeta o desatiende derechos de los que el otro es titular, deberá éste recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento de familia a fin de poner término a la desavenencia o bien la relación, si es que así cabe y lo desea; pero no por aquello una acción suya tipificada por el Derecho Penal se verá justificada<sup>32</sup>.

Coetáneamente y en la misma dirección, la doctrina general y la jurisprudencia de alguna forma, comienzan a modificar sus dichos. Así en España, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez<sup>33</sup> sin dar mención expresa al débito conyugal lo alude, expresando que la mujer puede negarse al coito “legítimamente”, en los casos de enfermedad contagiosa o fuerza. Berenguer<sup>34</sup>, niega terminantemente la existencia del débito conyugal entendido como derecho al cuerpo del otro cónyuge, el cual no se posee ni ejerce bajo ningún respecto, mucho menos en los casos de fuerza o intimidación, sin perjuicio de la existencia de un error sobre la ilicitud de la conducta, según se extienda dicha consideración del artículo 14 del Código punitivo español, para estas situaciones. Garberi y otros<sup>35</sup> convienen en que la reflexión penal se ha modificado en este sentido, siendo la doctrina mayoritaria y reciente aquella que acoge la idea de la violación conyugal, restringida eso sí, a los casos de fuerza o intimidación, considerando que la norma no excluye al cónyuge de la descripción típica ni existen derechos que legitimen la acción carnal del marido sujeto activo, debiendo primar el respeto y la dignidad de la persona. Corcoy y otros, derivando su juicio sobre todo de la jurisprudencia española, igualmente la admiten<sup>36</sup>. Con reservas Bajo Fernández y otros<sup>37</sup>, quien retoma la idea original de la procedencia de la violación conyugal para los casos de fuerza o intimidación, siempre y cuando exista legítima oposición de la mujer fundada en casos de contagio o peligro para la prole. La jurisprudencia española, por su parte, ha tendido en acogerla para los casos de fuerza o intimidación, extendiendo los sujetos del artículo 179 del Código Penal español de 1995, referente a la agresión sexual, a los cónyuges<sup>38</sup>.

Ahora bien, la situación de los convivientes, a su vez, fue adquiriendo un rostro más jurídico y de menor hipocresía. Comienzan a reestructurarse las concepciones decimonónicas, patronales, machistas y de falsa y estricta moral burguesa, que soslayaban el concubinato como realidad

<sup>32</sup> Citado por Sánchez Romero, Cecilia, “La violación dentro del matrimonio”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, N° 10, (septiembre), (año 7), 1995, [versión electrónica], Letra B, §§ 3).

<sup>33</sup> Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, pp. 180-181.

<sup>34</sup> Orts Berenguer, Enrique, “Delitos contra la libertad sexual”, en Vives Antón, Tomás [coordinador], *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 907.

<sup>35</sup> Gaberi et al, *Código penal, Interpretación jurisprudencial y legislación comparada*, pp. 677-678.

<sup>36</sup> Considerando, eso sí, que el planteamiento que estos hacen es más bien equívoco, dado a que señalan “hoy no hay duda de la tipicidad” (Corcoy et al, *Manual práctico de derecho penal*, p. 305, 1.4.5.). No obstante, del tenor de lo señalado por aquéllos, se desprende el argumento de la antijuricidad.

<sup>37</sup> Bajo Fernández et al, *Compendio de derecho penal*, p. 102.

<sup>38</sup> Segunda Sala del Tribunal Supremo, en sentencia del 7 de noviembre de 1988, 9 de marzo 1989, 14 de febrero 1990, 24 de abril de 1992, etc. Cit. por Bajo Fernández et al, op. cit., pp. 102-103.

patente y la sustraían del concepto de familia<sup>39</sup>. Ergo, incidía en el planteamiento de sus consecuencias penales y del derecho sobre la violencia intrafamiliar.

Nuestro país no podía sustraerse a la modificación de óptica y a la introducción de legislaciones reformuladoras del viejo “paradigma”. Así, y acogiendo el “unánime reclamo político- criminal de armonizar las consecuencias jurídicas de matrimonio y concubinato...”<sup>40</sup>, se dicta la Ley 19.617 del 12 de julio de 1999, que introduce modificaciones al Código Penal, al extender la situación de la violación, a los cónyuges y convivientes (actual art. 369 inc. 4º). No sólo la figura se amplía en la consideración de la calidad de los sujetos penales, sino además, y como se señalaba en las discusiones en el seno del legislativo (Comisión Mixta), se abandona la idea tradicional, que los cónyuges no podían ser objeto de violación<sup>41</sup>, y que “el matrimonio y el concubinato entre víctima y agresor (...) no otorga un derecho permanente de sostener relaciones sexuales, incluso violentas o abusivas, porque se contraponen a los deberes de cuidado recíproco, afecto y protección”<sup>42</sup>.

El Proyecto del Ejecutivo, presentado en 1993 para su tramitación ante el Congreso, no la contemplaba directamente, sino que establecía más bien una atenuación de la penalidad en los casos de violación conyugal solamente (con lo cual no incluía al conviviente)<sup>43</sup>, un catálogo de sanciones en que se podía deducir consecuencias penales para su situación (abandono del hogar, prohibición del acceso a la casa común de la víctima<sup>44</sup>), y en la consideración del delito de violación conyugal como causal de divorcio en la antigua Ley de Matrimonio Civil<sup>45</sup>. La consideración directa en la regulación de la violación conyugal e incluyendo la relación de convivencia, habría surgido en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado<sup>46</sup>, la cual fue retomada posteriormente en la Comisión Mixta, con las observaciones de la Cámara de Diputados<sup>47</sup>.

Finalmente y como corolario, se expide la mencionada Ley 19.617, con el señalamiento ya referido y la enunciación del artículo 369 en nuevo inciso 4º: “En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de

---

<sup>39</sup> Basta señalar la opinión de los hermanos Mazeaud al respecto: “La familia no es, para el derecho toda colectividad formada entre padres e hijos: es preciso además que la agrupación presente caracteres de moralidad y estabilidad que son los únicos susceptibles de permitirle cumplir con su misión social. La familia jurídica es, pues una agrupación particular; la agrupación fundada sobre el matrimonio. Ésta es la única familia. Lo que a veces se llama “familia natural” no constituye una familia”. (Cit. por Troncoso Larronde, Hernán, *Separata Derecho de Familia*, Colección Manuales de Derecho Privado, Universidad de Concepción, 2005, p. 6).

<sup>40</sup> Guzmán Dálbora, José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Gómez Urrutia, *Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código*, 2002, p. 177.

<sup>41</sup> Sesión N° 27, 15 de diciembre de 1998, opinión del Señor Juan Bustos, en <http://www.bcn.cl>, tramitación de leyes, [consultada 15 de abril 2007].

<sup>42</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo al Proyecto (1048-07) en Tercer Trámite, Sesión 31, en <http://www.bcn.cl>, tramitación de leyes, [consultada 15 de abril 2007].

<sup>43</sup> Proyecto del Ejecutivo, artículo 1º, N° 1, inciso final.

<sup>44</sup> *Ibid.*, art. 1º, N° 5.

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>46</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo al Proyecto (1048-07) en Tercer Trámite, Sesión 31. Ésta estima no considerarla como agravante, en la proposición de un nuevo artículo 362 del Proyecto del Ejecutivo, sino darle un tratamiento separado.

<sup>47</sup> Informe de la Comisión Mixta sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativa al delito de violación (Inf. 1048-07). Según la cual la recoge como artículo 1 del proyecto modificado, número 1.9.

aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas”, señalando, entonces, normas específicas que se analizarán con latitud más adelante.

## II.- Figura típica y su extensión

El legislador efectúa una interpretación en el ámbito de los delitos sexuales más que establecer una incriminación, puesto que extiende las consideraciones del sujeto activo del tipo violación<sup>48</sup> a la situación de los cónyuges, situación que en todo caso no se encontraba excluida del tipo aludido ni aún en una interpretación restrictiva. Desde la tipicidad el asunto no constituía un problema y así se comprueba en la generalidad de las opiniones doctrinales, quienes nunca pusieron en duda que el tipo de violación excluyera a los cónyuges como sujetos en la estructura de la oración típica. El problema radicaba en la antijuricidad de la conducta, como se comprobó.

Ahora bien, el legislador no hace, con la figura del N° 1 del artículo 369, sino acoger las interpretaciones doctrinales mayoritarias en la materia y en similar sentido que la ofrecida por la comunidad iuscientífica chilena para los casos de violación conyugal, quienes se oponían con tenacidad a reconocer la juridicidad de la conducta del “yacer” (propuesto por la antigua legislación) con fuerza o intimidación<sup>49</sup>, siguiendo en esto a la doctrina extranjera<sup>50</sup>. Pero no se pronunciaban ni lo hacían extensivo a los casos señalados en el antiguo artículo 361 N° 2 del Código Penal, esto es, cuando la mujer se hallaba “privada de razón o de sentidos por cualquiera causa”, o en cualquier otra circunstancia de ausencia de manifestación de voluntad para el acceso carnal. Ni aún con posterioridad a las reformas del año 1999, las opiniones no tuvieron variación al respecto<sup>51</sup>. De igual forma que en la generalidad de la doctrina extranjera, la situación del conviviente era omitida.

Pues bien, la ley así redactada, en el N° 1 del artículo 369 del Código Penal, queda del siguiente modo: “Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2° o 3° del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa inflingida”.

Esta disposición hace aplicable la regla general en estos delitos, por la cual, se considera como violación el acceso carnal del cónyuge o conviviente en contra del otro, siempre que exista violencia o intimidación para obtener el consentimiento. Inmediatamente nos señala una excepción para este caso, estableciendo una dispensa penal para el cónyuge o conviviente que acceda carnalmente a su pareja en los términos señalados en las circunstancias N° 2 y 3° del artículo 361, esto es, cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia, o bien cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Podría entenderse como exención y basado en argumentos de antigua comprensión, es decir, por falta de antijuricidad de la conducta, fundamentando la justificación en que no se ha producido una dañosidad social, no obstante existir una lesión al bien jurídico libertad sexual, pero donde dicha afectación ha de estimarse como de baja intensidad, dado a la cohabitación

<sup>48</sup> Teniendo en mente, claro está, la problemática del sujeto activo de dicho delito.

<sup>49</sup> Cfr. Labatut, *Derecho Penal*, 1983, p. 135, Etcheberry, *Derecho Penal*, IV, 2001, p. 62.

<sup>50</sup> En España Antón y Rodríguez, quienes aducen expresamente los casos de fuerza o intimidación en el rechazo de la violación conyugal (Antón y Rodríguez, *Derecho Penal*, p. 261). Lo mismo Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, op. cit., pp. 180-181.

<sup>51</sup> Cfr. Labatut, *Derecho Penal*, 2001, p. 138.



que existe entre los cónyuges o convivientes, y el presunto deseo de permanecer bajo el mismo techo. Rodríguez Collao en cambio, sostiene que ésta es más bien una excusa legal absolutoria, teniendo como razón de política criminal “resguardar la convivencia familiar”<sup>52</sup>. Al inclinarse el autor por la excusa legal absolutoria, significa en buenas cuentas, que pese a considerarse la conducta perfecta en cuanto a su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, el Estado prescinde de la pena por fundamentos de política criminal, con lo cual se produce la exención de responsabilidad criminal de la conducta. Para nosotros, ésta sería la interpretación correcta acerca del fundamento de la exención, ya que sólo así hemos de considerar la conducta de la relación sexual no consentida entre cónyuges, siempre como un acto nunca amparado por el derecho desde la estructura general del delito, alejándose así para siempre de la odiosa concepción del débito conyugal como fundamento justificante de aquella. Pero sí debemos observar con cautela los fundamentos de política criminal estimados para eximir ciertas conductas, y no descuidar las apreciaciones sobre la lesividad, sobre todo en consideración con la víctima. Puestos en la balanza, no debe inclinarse ésta por razones de política criminal antes que por la dañosidad de la conducta, fundamento a considerar sobre todo, si el juez ha de pronunciarse sobre la procedencia y/o continuación de la acción.

Con lo dicho, nos parece en todo caso, que al considerar la legislación chilena la violación conyugal o concubinal, debería igualmente contemplarse todas las circunstancias descritas por el tipo penal del 361. La fuerza o intimidación no reduce el concepto violencia solo a dichas formas de actuación, siendo igualmente violencia las conductas descritas por las circunstancias N° 2 y 3° del artículo 361 ya que vulneran y burlan el consentimiento del otro, o a lo menos, se desentienden de él. En efecto, si bien podría pensarse que en el caso en que la pareja no quiera relaciones sexuales, simplemente separe los cuerpos, y que el hecho de seguir bajo el mismo techo da pie al acceso carnal subrepticio, no es un argumento del todo cierto. Y aquí entramos sobre todo en una problemática social y de género. Muchas mujeres no quieren abandonar el hogar común porque no tienen otra alternativa, o bien no persiguen el abandono del conviviente o marido, ya que es el sustentador económico del hogar. Todo esto dificulta una simple separación de cuerpos o propiciar una medida de abandono de hogar del N° 9 letra a) de la Ley 20.066 por violencia intrafamiliar. Pero esto no significa que la mujer debe acceder en forma irrestricta a los deseos del varón, y en esto, la consagración obligatoria de las situaciones del N° 2 y 3° del 361 para estos efectos, cumpliría una función de contramotivar al hombre<sup>53</sup>. Sería, en el evento de producirse el acceso carnal bajo esas circunstancias, la mujer quien decidiría penal y procesalmente la persecución de la conducta. Si se piensa que por este delito procede acción penal pública previa instancia particular (con los alcances *sui generis* de la acción penal en estos delitos, como se verá más adelante<sup>54</sup>), ante un acceso carnal furtivo y subrepticio, y si estima el cónyuge o conviviente afectado esta conducta como no vejatoria, simplemente no procederá a dar inicio a su prosecución (salvo en los casos en que el margen de edad del cónyuge víctima sea

<sup>52</sup> Rodríguez Collao, *Los delitos sexuales*, p. 294.

<sup>53</sup> Ello en perjuicio de cualquier postura de derecho penal mínimo que inspira en parte esta legislación como así se dejó constancia en actas (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo al proyecto (1048-07), en tercer trámite). Pero menos a veces no implica mejor, cuando supone desprotección. Aún en las circunstancias descritas nos parece violencia, donde supone vulneración la sola suplencia del consentimiento de la víctima, dado a la afección de un bien jurídico que es igualmente garantía constitucional y derecho humano. Minimizar la violencia y maximizar la protección, ésa es la consigna, aun cuando establezca como antijurídica la conducta descrita, pero con la salvedad de dejar entregada la apreciación de su bien jurídico y la afectación de él, en manos de la víctima.

<sup>54</sup> Vid. *Infra*. 4. *Naturaleza de la acción penal en la violación conyugal y concubinal*.

inferior a los 18 años, caso en el cual podría existir una cierta “tutela” judicial). Y aún accionando la actividad jurisdiccional del Estado, puede cesar en su continuación, bajo la mirada del juez quien tutelaré la decisión, de acuerdo al N° 2 del artículo 369. De ahí que la activación penal y procesal quedaría en exclusivas manos de la mujer, quien mejor determina la lesividad de la conducta, y no del juez, para no convertir a éste, según las palabras de Guzmán Dálbora “en amo y señor de la libertad sexual de la mujer”<sup>55</sup>. Por ende, encontramos inconveniente no contemplar derechamente y sin previo requisito estas conductas. Razones de economía procesal no serían suficientes, a nuestro entender, si se adujesen para el caso.

Fuera de lo dicho, la ley no se pronuncia por la motivación de la negativa del cónyuge o conviviente a la relación sexual, cosa que planteaba la doctrina extranjera y nacional, específicamente para la cónyuge. Las opiniones en este sentido, acogían la negativa no en forma irrestricta, sino en algunos, bajo determinadas circunstancias, como la negativa fundada por exigir el varón cópulas anormales, o en casos de peligro para la salud de la mujer o enfermedad de transmisión sexual del hombre, peligro para la criatura en el vientre, etc<sup>56</sup>.

No nos parece que el legislador pretendiera contemplar la calificación de las motivaciones de la mujer para su oposición al acto sexual. Si según creemos, considera el legislador las discusiones doctrinales en materia de la situación específica por la cual haría ampliamente procedente la violación para la pareja sexual (fuerza o intimidación), atento al debate, podría haberse pronunciado por el tema de la motivación, cuestión que se desentendió. Esto demostraría la irrelevancia del motivo para el legislador. Por otro lado, si el legislador ha pretendido eximir las conductas del N° 2 y 3° del 361 en el acceso carnal de la pareja sexual y la ha hecho procedente sólo cuando la gravedad de la ofensa infligida lo amerita, supone de por sí que en la fuerza o intimidación ya supone gravedad de la ofensa, y es en razón de dicha *lesividad* que se contempla. La *lesividad* u *ofensividad* de la conducta, mira directamente a la gravedad del atentado y a su forma de afectación, sin necesaria consideración a motivos para estimar la objetividad del perjuicio, menos de la víctima. Por ende, si la norma ha contemplado la lesividad de la conducta, y sólo el daño producido, se ha querido desentender de motivación alguna en el sujeto pasivo para la consideración de la conducta en cuestión.

### III.- Sujetos de la relación penal y su vínculo con la conducta desplegada

Aparte de las normas particulares en materia de acción penal, la importancia de la disposición del artículo 369 inciso 4° del Código Penal, se orienta en la consideración de la calidad específica de los sujetos de la relación penal propuesta en el enunciado legal, y por ende, sujeto tanto activo como pasivo de la conducta específica. Así, existe una referencia general de los sujetos penales, y una referencia especial. La referencia general se aplica a los sujetos penales, en cuanto sujeto activo y pasivo de los delitos (art. 361 y 366), con todas las implicancias y disputas que genera la determinación de los sujetos del delito de violación (art. 361), sobre todo del activo en relación al pasivo<sup>57</sup>. La referencia especial, se centra sobre dos características específicas de los sujetos penales: la primera, el hecho de ser cónyuges o convivientes; la segunda, al hecho de

<sup>55</sup> Guzmán Dálbora, op. cit., p. 178.

<sup>56</sup> En España Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, op. cit, pp. 180-181. En Chile, Labatut, op. cit., p. 138. En forma irrestricta acepta la negativa, aunque fuese caprichosa, Etcheberry, op. cit., p. 62.

<sup>57</sup> Y con ello todos los problemas relativos al sujeto activo del delito de violación, y las posiciones doctrinarias planteadas al respecto. Nuestra opinión se orienta en considerar al hombre como único sujeto activo del delito de violación, cuyos argumentos son motivos de un estudio paralelo sobre el respecto pronto a publicarse.

estar haciendo vida en común al tiempo del hecho delictivo. Esto último no puede ser de otro modo, debido a que el propio artículo 369 en su inciso 4° señala que los delitos mencionados allí se cometen “en contra de aquél con quien hace vida en común”.

Esto último es importante, si se piensa que no obstante la referencia al vínculo conyugal, la cual describe una relación jurídica<sup>58</sup>, lo cierto es que debe entenderse que la norma mira sobre todo a la situación de la cohabitación como fundamento de la regulación especial, en virtud además de la extensión de las consideraciones penales de este artículo a los convivientes. Sobre esta base se echó la piedra de la modificación legal y de acuerdo a sus fuentes criminológicas tenidas en vista por el legislador: de entender la violencia sexual dentro de la cohabitación, bajo un techo común y entre personas que son pareja tanto afectiva como sexualmente relacionadas<sup>59</sup>. Sin esta exigencia declarada expresamente, no tendría sentido la dispensa del hecho encuadrado en las circunstancias de las causales N° 2 y 3° del artículo 361. Pensar, sin embargo, que existe dispensa respecto del cónyuge que no comparte un mismo techo, sería dar carta blanca al acceso carnal en las circunstancias señaladas, no obstante ser casi un extraño, ya que separados los cuerpos, la cohabitación concluye. Y para quienes el foco central es la relación conyugal y el matrimonio, separados los cuerpos los deberes conyugales también concluyen. Sólo queda así en pie el vínculo jurídico. Por ende, la ley ha entendido bien esto, ya que no se puede pretender incluir al ex – cónyuge, en iguales términos que el cónyuge que sí cohabita con el otro, dado a que se atendería a vínculos jurídicos sin ningún correlato en la realidad de los hechos. De ser lo contrario, el derecho penal se encontraría eximiendo conductas derechamente violentas, lesivas a bienes jurídicos personalísimos, sin ningún fundamento más que la formalidad del acto jurídico del matrimonio.

El derecho penal, hoy ha considerado que el vínculo jurídico “matrimonio”, no amerita el constante consentimiento para tener relaciones sexuales, y por ello incluye esta situación enriqueciendo el tipo con el señalamiento del sujeto activo/pasivo de cónyuge. Con lo cual se posiciona rechazando derechamente este tipo de violencia. Sin embargo, excluye ciertas causales, en atención a la realidad de los hechos, esto es, que existe cohabitación entre marido y mujer, y que pueden producirse accesos carnales sin el consentimiento, pero sin violencia e intimidación, dentro de esta situación de cohabitación, a la cual ninguno de ellos ha renunciado, al tiempo del acceso. Estas causales serán analizadas a propósito de los aspectos procesales de la acción penal en este caso.

#### **IV.- La acción penal en el delito de violación conyugal y concubinal**

##### **1.- Activación/desactivación de la acción penal**

Las hipótesis descritas en el mencionado artículo 369 del N° 1 y N° 2, presentan problemas, tanto penales (algunos ya vistos) como problemas procesales vinculados sobre todo a la acción penal. En los mencionados preceptos reconocemos dos regulaciones: una respecto de la *activación* del proceso y otra desde la *desactivación* procesal, aspectos que adquiriendo una visión

---

<sup>58</sup> Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, p. 85.

<sup>59</sup> Así era entendido por lo menos en la doctrina extranjera. En Argentina Ure, quien excluye la juricidad de la relación sexual no consentida cuando existe nulidad del matrimonio, divorcio o separación, aunque agrega “sin ánimo de unirse” (Ure, op. cit., p. 50). Soler, quien no admitía el débito conyugal tratándose de cónyuges divorciados (Soler, op. cit., p. 285). En España, por su parte, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, quienes no extienden la situación de los cónyuges al matrimonio disuelto o separado legalmente (Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, op. cit., p. 180).

de conjunto, suponen la “exclusión de la procesabilidad de los atentados sexuales no violentos al interior de la pareja estable”<sup>60</sup>.

## 2.- Hipótesis del artículo 369 n° 1 o la activación procesal en el caso de violación conyugal y concubinal

### a.- Negativa a la activación procesal

Desde el punto de vista de su *activación*, se encuentra la hipótesis del N° 1 del artículo 369, primera parte, que expresa: “Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2° ó 3° del artículo 361, no se dará curso al procedimiento (...), a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa inflingida”. Ya han sido convenientemente analizados los fundamentos penales en la desestimación de la conducta de los numerandos 2° y 3° del artículo 361. Procesalmente se resuelve, y como dice el artículo, en no dar curso a la acción penal, lo cual supone la inadmisibilidad de dicha acción penal. La inadmisión supone no sólo una regla especial a los delitos sexuales, sino además, una excepción a la regla general sobre la amplia admisión de la acción penal frente al delito de violación.

En la literalidad del artículo se plantean diversos problemas procesales, como por ejemplo, en quien recae la decisión sobre la inadmisibilidad y bajo qué circunstancias se produciría ésta.

La inadmisión de la acción supone necesariamente una evaluación jurídica más allá que simplemente la expresión de una negativa más o menos informal, cuestión que sucedería en hechos atípicos. En efecto, el tenor del artículo señala “no se dará curso al procedimiento (...), a menos que”, última expresión tomada en el sentido de *salvo* o bien *a condición de que*, cosa que supone una evaluación jurídica un tanto más formal que una simple negativa, puesto que se requiere hacer una inferencia sobre la procedencia de la necesidad de la pena y la gravedad de la ofensa inflingida, cuestiones éstas últimas de carácter eminentemente jurídico. Además, esta inferencia jurídica es obligada, puesto que no se dará curso a menos que las consideraciones sobre la necesidad y la ofensa, hayan sido lógicamente superadas. Más que claro queda que no toca a organismos policiales manifestarse sobre la procedencia o no de la acción, y sólo a letrados, sea Ministerio Público, sea Tribunal<sup>61</sup>. Pudiendo ser de natural obviedad esto último, cabe forzosamente hacer la referencia, ante el peligro de la desestimación de denuncias en estos casos por los organismos policiales, que venía produciéndose en materia de violencia intrafamiliar sobre todo de tipo sexual.

Si de letrados se trata entonces, ¿a qué instancia corresponde efectuar la inferencia? Recordemos que la Ley 16.617 de 1999, surge bajo el amparo del Código de Procedimiento Penal de 1906, siendo en éste, la figura del Juez quien estaba llamado a intervenir en las primeras diligencias. Pareciera ser que ésta hubiese sido la intención del legislador de dicha Ley, es decir, que el examen jurídico lo efectuare el Juez, existiendo una intervención directa en la decisión de la activación de la acción. Ahora bien, sin duda que el Juez en las primeras diligencias actuaba en su rol de investigador en el delito, función que hoy cumple el Ministerio Público. Éste es un argumento válido si se efectuara réplica sobre la idea anterior. Cualquiera sea el razonamiento, es

---

<sup>60</sup> Según la opinión del Profesor Luis Ortiz Quiroga, en Informe presentado a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y Reglamento recaído en las observaciones del Ejecutivo al proyecto (1048-07), en segundo trámite.

<sup>61</sup> Más aún cuando policía tiene obligación de acoger la denuncia e informar a los Fiscales según el artículo 79 del Código Procesal Penal, el cual supone el deber de aceptar y tramitar la denuncia por estos hechos, por iniciarse de semejante manera que una acción penal pública previa instancia particular.

evidente que dicho organismo actúa en su rol de investigador y primer filtro ante todo delito, lo cual no se puede desconocer. Pero no es menos cierto que toda ley penal dictada, basa su presupuesto en el sistema procesal vigente, y que la norma en comento, fuera de señalar aspectos penales, determina aspectos procesales que supone se cumplirían de la forma diseñada, si se tenía en consideración el sistema entonces operante con un juez quien era el enclave jurídico. Si a ello agregamos que el hecho de las expresiones legales utilizadas (“se dictará sobreseimiento definitivo”, “imposición o ejecución de la pena”) parecieran marcar el derrotero de una actuación judicial y una fundamentación propia de tal actividad. Ahora, si puesta en relación tanto la norma aludida como el sistema procesal penal en el hoy, más la independencia de la ley de la mano de su hechor para efectos interpretativos, nos llevarían a idénticas conclusiones, a saber: Si pensamos por ejemplo en la circunstancia N° 2 del artículo 369 donde se señala que el juez es quien acepta o no el requerimiento del ofendido a poner término al procedimiento, dicho procedimiento no sólo involucra juicio propiamente tal, sino igual y obviamente, su inicio, el cual se origina desde las primeras actuaciones del procedimiento, las cuales son señaladas por el artículo 7° del Código Procesal Penal como “cualquier diligencia o gestión, sea de investigación (...) que se realizare por o ante un tribunal (...) el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”. Dicho requerimiento del ofendido a poner término puede perfectamente efectuarse, después de haber hecho denuncia ante policía (con lo cual ya se inició el “procedimiento”) y antes de si quiera, encontrarse en la efectiva presencia judicial. No obstante, la ley exigiría la intervención del juez para dicho evento.

Visualizado de otro modo, de acuerdo al tenor literal, la expresión *a menos que* de los numerales 1° y 2° del artículo comentado, la entendemos como *salvo* o *a condición de qué*. Esto supone el necesario examen jurídico para desestimar la no procedencia de la acción. Mas, la formulación de la oración negativamente redactada (*no se procederá*), no implicaría la inmediata inadmisión ya que dicha negatividad tiene que comprobarse a través de un examen jurídico que determine si la pena es necesaria y la gravedad de la ofensa infligida, para recién desestimarse. Dicho examen es requisito *sine qua non* para la inadmisión de la conducta. Así, la oración propone una hipótesis desde una redacción negativa, y que cumpliendo con los criterios de Popper sobre la *falsabilidad* de las hipótesis<sup>62</sup>, habría de ser comprobada por medio de argumentos que contraríen esta hipótesis legal. En otras palabras, se debería comprobar si existe necesidad de la pena en razón de la ofensa infligida como para recién desestimarla, desestimación que implica *ponderación jurídica de alta fundamentación*, y que ésta se realice como comprobación de una hipótesis legal dentro de los presupuestos de un proceso racionalmente tramitado con la inherente intervención del Juez. Esto significa dos cosas: a) que en razón de su redacción negativa (*no se procederá*) que supone obligación de comprobar el hecho contrario (si existe necesidad de la pena en relación a la ofensa infligida), el hecho está *afirmado como hecho delictivo*, mientras no exista comprobación contraria que de fundamento a la excusa absoluta; b) que el Fiscal no estaría llamado a la revisión de los fundamentos de la necesidad de la pena en relación a la gravedad de la ofensa, sino más bien, es el Juez quien debe pronunciarse.

Se suma a esta tesis, lo que se desprende de revisar las facultades discrecionales del Fiscal. En primer lugar, sabemos que el Fiscal se encuentra obligado a iniciar el proceso ante un hecho que revista los caracteres de delito, salvo los casos en que puede ejercer sus facultades discrecionales. Las facultades discrecionales, no pueden significar desentenderse del principio de

<sup>62</sup> Vid. Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, [trad. Víctor Sánchez de Zavala], (1 ° edición), Madrid, Tecnos, 1962.

legalidad y despenalizar conductas delictivas<sup>63</sup>. Siendo así, no puede hacer caso omiso de la tipicidad de los hechos, es decir, de hechos que están consagrados típicamente en la ley y, recordemos, la violación conyugal o concubinal es un hecho típico. Ahora bien, el Fiscal dispone de tres facultades discrecionales al momento de su activación: el archivo provisional, la facultad de no iniciar investigación y el principio de oportunidad.

El *archivo provisional* no haría procedente el examen jurídico ya que supone aquella que no existan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Es decir, no se pronuncia por los fundamentos que consistan en la excusa legal absolutoria, sino netamente por un aspecto procesal, esto es, la ausencia de elementos mínimos de comprobación.

La *facultad de no iniciar investigación* se produce en aquellos casos en que el hecho no constituya delito o se encuentre extinguida la responsabilidad penal. Este último caso no procedería, por la naturaleza de cada una de las causales de extinción de responsabilidad penal, lo cual no dice relación con el caso estudiado ni meridianamente. El primer caso se centra más bien en hechos que no sean típicos, es decir, se examina la tipicidad de la conducta<sup>64</sup>.

Ahora, y en primer lugar, el *principio de oportunidad*, significando desactivación discrecional del Fiscal, supone que puede ejercerse tratándose de delitos a los cuales no va asociada una pena superior a presidio o reclusión menor en su grado mínimo. Pero en el evento, la violación tiene asignada una pena mayor. Por ende, efectivamente habría un tipo penal al cual va asociada una pena superior a presidio mayor en su grado mínimo. En segundo lugar, el *principio de oportunidad* implica que el Fiscal desestima un caso por no comprometer gravemente el interés público. Se ha estimado que dicho principio en nuestra legislación se encuentra altamente restringido, reduciéndose a los casos de *delitos bagatelarios*<sup>65</sup> y de poca relevancia social<sup>66</sup>, cuestión que no calza ni con el hecho de la violación por las causales N° 2 y 3° del artículo 361, ni con la violencia sexual que significa y que es ejercida al interior de la pareja, cuestión que por lo demás se ha reconocido el interés público sobre estas materias<sup>67</sup>, y los problemas de su desconocimiento<sup>68</sup> considerando aún que el hecho de la no intervención del Estado significa una

---

<sup>63</sup> Cfr. M.P., Oficio N° 061, 2005.

<sup>64</sup> Aún uno de los hechos de mayor ocurrencia y que se trataba de evitar era en casos de incumplimiento de contratos civiles, casos presentados en sede criminal para su cumplimiento (M.P., *Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación*, Santiago, septiembre 26, 2001).

<sup>65</sup> Horvitz y López, *Derecho Procesal Chileno*, p. 51.

<sup>66</sup> El Proyecto del Ejecutivo señalaba que la facultad para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, procedería “cuando se tratare de un hecho que por su insignificancia no comprometiére gravemente el interés público”. Posteriormente el Senado eliminó esta referencia por estimarla superflua (Pfeffer, op. cit., p. 190 y p. 257). Sin duda que la frase elegida por el Ejecutivo, dejaba en evidencia la voluntad de estimar este mecanismo de la oportunidad, como una forma de solo perseguir aquellos hechos punibles relevantes. Y como relevantes, se deriva la consecuencia que son de mayor gravedad. Aun con la negativa del Senado en la incorporación de este término, no le quita el fundamento, toda vez que la motivación de su impugnación fue el ser aquella frase superflua, es decir, ya expresada y reiterada en el artículo (en la frase “no comprometiére gravemente el interés público”). Con lo dicho, lejos de distanciarse de la idea, el Senado no sólo se acerca a ella, sino que va en la misma dirección, esto es, estimar que el art. 170 es una herramienta que involucra una alternativa a la incriminación. En el mismo sentido Ministerio Público, *Instructivo general N° 35 que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad*, diciembre 15, 2000.

<sup>67</sup> Pass. Bilbao, María Josefina, et al, *Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos*, SERNAM.

<sup>68</sup> Bravo, Mariana, *Incesto y violación, características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual*, pp. 47-58.

omisión culpable de aquél<sup>69</sup>. Esto, más aún si consideramos que a la Fiscalía le compete en materia de delitos sexuales su calificación jurídica<sup>70</sup>, mas no la discusión sobre la necesidad de la pena en relación a la ofensa inflingida, ni menos calificaciones que incidan directamente en ponderar situaciones de excusa legal absolutoria, donde se examinen fundamentos que testeen las posibilidades de política criminal de la conducta. Esta es una cuestión de criterio judicial.

De ahí que sólo la intervención del Juez genera una *ponderación jurídica de alta fundamentación* y un acucioso examen de los tópicos jurídicos mencionados. Esto, hace que las circunstancias para la admisión de la acción deban pasar necesariamente por la observación del juzgador. Pero el problema se presenta procesalmente, si seguimos esta opinión, ya que surge la dificultad sobre qué etapa procesal ha de situarse este examen del Juez. Por cierto que toda intervención posterior a la formalización que el Juez proceda para desestimar una acción, se echará mano al sobreseimiento, y en ese caso, la referencia a “no se dará curso a la acción” sería del todo superflua, si consideramos el argumento de la independencia de la ley de su autor. De ahí que nos parece que la audiencia de formalización de cargos es la más adecuada como instancia procesal donde haya de producirse la alta fundamentación requerida, con lo cual obliga al Fiscal a efectuar la respectiva formalización para que exista la ponderación aludida.

#### b.- *Sobreseimiento como argumento procesal de la desestimación*

El segundo caso planteado a su vez en la segunda parte del N° 1 del 369, y que regula el ámbito de la prosecución de la acción, señala: “Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2° ó 3° del artículo 361, (...) se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa inflingida”

Claramente la intervención judicial se hace presente en este caso. Sin embargo, es de mayor complicación que se produzca, sobre todo si supuestamente al momento de la activación del proceso, ya se debería haber provocado la inadmisión de la acción penal en la concurrencia de las circunstancias exceptuadas del artículo 361. Esto, por ejemplo, que el Fiscal hubiese procedido con la investigación y posteriormente tomare conocimiento de la relación conyugal o concubinal de la pareja, siendo más razonable la posibilidad en ésta que en aquella, dado a la prueba del estado civil que debe producirse al inicio de las pesquisas. De cualquier forma se produce, como la regla general en nuestro proceso dicta, la posibilidad de efectuar un retrimiento de la actividad estatal y judicial, a consecuencia de la desactivación del proceso que otorga el sobreseimiento del juez, previa solicitud del Fiscal o el Defensor según el caso.

#### c.- *Fundamentos de la admisión/inadmisión de la acción: Necesidad de la pena y gravedad de la ofensa inflingida*

Debido a que doctrinariamente la ley se acerca en las normas estudiadas a la exclusión de procesabilidad, la admisión de la acción penal sólo puede producirse en casos específicos y

---

<sup>69</sup> Ducci, Carlos, “El estado como garante de los derechos humanos”, en Bilbao, María Josefina, *et al*, *Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos*, SERNAM, p. 17. De hecho, Leiro señala que esta omisión además pugna con las Convenciones Internacionales que condena la violencia, sobre todo con la Convención Belem do Pará, ya que “la responsabilidad del Estado queda vinculada también cuando no toma las medidas conducentes a la erradicación de la violencia, como se ha comprometido” (Leiro, Georgina, “Aportes de la Convención a los Derechos de la Mujer”, en Bilbao *et al*, *op. cit.*, p. 40).

<sup>70</sup> Se desprende de la opinión del Ministerio Público al señalar que los fiscales deben ser especialmente rigurosos con la calificación jurídica de las conductas constitutivas de los distintos tipos penales de delitos sexuales. Lo cual supone sólo la calificación jurídica, en estos delitos y sólo eso. (M.P, Oficio, N° 007, 2004).

limitados por la ofensividad o lesividad de la conducta desplegada por el agente. Así, en esta tercera parte de nuestra norma, se señala el requisito que hará procedente la admisión de la acción penal, al decir del N° 1 del 369: “a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa inflingida”. Nos detendremos, entonces, en el análisis de los requerimientos para esta admisión “excepcional”, fundamentalmente en despejar el sentido de dos términos que son eje central en el entendimiento de la norma: pena necesaria y gravedad de la ofensa inflingida, tributarios ambos términos a su vez, de dos fórmulas penales de mayor extensión: necesidad de la pena y lesividad de la conducta.

- *Pena necesaria*

Vinculada ya en doctrina esta frase del legislador utilizada en este numeral, con la necesidad de la pena<sup>71</sup>, lo cierto es que dicha necesidad tiene una estrecha relación con la gravedad de la ofensa, de tal modo que si la ofensa es grave, amerita el sistema que se de curso o se continúe con el procedimiento en los casos de excepción.

La pregunta sobre la necesidad de la pena excede en mucho a lo que el tema amerita. Pregunta a la que se asocia no sólo si es necesaria la pena, aún antes que entendamos por tal y en respuesta de qué, para razonar sobre su necesidad. En todo caso, evadiendo respuestas de esta complejidad, nos centraremos en entender por pena aquella establecida en nuestro sistema sancionatorio en materia de violación, fundamentalmente en el artículo 361 del Código Penal y medidas accesorias de la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Sobre la necesidad de las medidas accesorias, sobre todo aquella relativa a la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar (Art. 9, letra d, Ley 20.066) podríamos generar algún tipo de acuerdo en su necesidad. Ergo, la necesidad que el juez determine se relacionará directamente con lo imprescindible de la asistencia a programas familiares y/o terapéuticos para él, que tiene como objeto la reformulación personal y como individuo en sociedad y en relaciones afectivas y de pareja (en su relación a la función/finalidad preventivo especial positiva). En el caso de la pena establecida en el artículo 361 del Código Penal dado su carácter retributivo, sólo se enfocará en cumplir dicha función, y en relación a ella será simplemente percibida por el carácter de gravedad de sumo e intensidad mayúscula para su imposición.

Ahora bien, más que entender una directa relación con las necesidades de la pena (y ahí donde el numeral no satisface las exigencias de una acertada redacción) se direcciona mejor sobre la necesidad de las respuestas penales propuestas por el sistema jurídico en general, y no sólo el penal. Y no siendo todas las respuestas penales penas *in stricto sensu*, deben considerarse aquellas que ventilándose como tales, militan como medidas condicionales del proceso penal y de naturaleza alternativa a la pena, como aquellas que configuran la *suspensión condicional del procedimiento*.

En este caso, en vista a una pena del Código Penal (inferior al mínimo exigido por el artículo 237 del Código Procesal Penal) más los demás requisitos exigidos por ley, es posible la aplicación de una suspensión condicional de la pena, cuestión que en todo caso obra sin óbice en los procesos por violencia intrafamiliar.

Conviene señalar en adición a lo expresado, que la respuesta por la necesidad también mira por la exigencia de un control social formalizado en la situación específica; en el fondo, si se

---

<sup>71</sup> Rojas Sepúlveda, “Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (205), (enero-julio), pp. 61-63, 1999.



requiere someter o no al agresor a un control altamente formalizado a través de las medidas generadas por el derecho penal. Esto porque ya la Ley de Violencia Intrafamiliar 20.066 propone una serie de medidas de control formalizado impuestas al agresor y en protección a la víctima. Por ende, la pregunta por la necesidad de la pena está orientada en si se requiere no cualquier control social, sino uno altamente formalizado que redunde en un control penal. Ello nos conduce a una tercera propuesta al enfrentar la necesidad de la pena. En efecto, la exigencia de un control social y penal va a responder igualmente a la lesividad de la conducta del sujeto activo, esto es no sólo qué bienes jurídicos han sido atacados, sino la forma específica en que se han vulnerado, el grado de intensidad y la extensión de los efectos perjudiciales de la conducta en estrecha consideración con la víctima y su imbricación con el bien jurídico afectado.

Si teniendo en mente la necesidad de dichas medidas, las cuales tienen por objetivo la resocialización y la prevención negativa y positiva, y además el control social formalizado del agresor, sea tal vez posible ésta consideración para dar carta blanca a la procedencia o continuidad de un procedimiento por violación conyugal o concubinal para los casos de excepción del artículo, y con ello, satisfacer las exigencias de la necesidad de la pena.

- *Gravedad de la ofensa inflingida*

La del N° 1 hace procedente la acción, sólo si existe fuerza o intimidación, excluyendo las hipótesis del N° 2 y N° 3 del artículo 361, ya mencionadas. Pero éstas últimas serán procedentes siempre que la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa inflingida. Sin duda que la fuerza o intimidación son formas vejatorias de trato en la conducta sexual. En cambio el acceder carnalmente en el contexto de la privación de sentido o incapacidad de oponer resistencia del cónyuge o el conviviente, es percibida por la ley, probablemente, como carente de dañosidad, por no vulnerar un bien jurídico de forma intensa, considerando las circunstancias de la convivencia marital o de concubinato que presupone la existencia de relaciones sexuales. Sin embargo, la ley las hace procedentes en caso de ofensa grave. ¿Qué se quiere decir con esto y de qué forma existe una grave ofensa?

No existe definición en la ley que oriente en qué situaciones específicas ha de encontrarse la grave ofensa. Su indeterminación lleva incluso a hacer señalar a Guzmán Dálbora que éste es un “auténtico acertijo que concede al juez poderes tiránicos sobre el reo y convierte al estado en amo y señor de la libertad sexual de la mujer”<sup>72</sup>. Mirado desde este punto de vista, y tal como lo afirma el autor citado, con las formas lingüísticas empleadas por el legislador, se lesionan principios como la humanidad, mínima intervención y seguridad jurídica. Y es en cuanto a la seguridad jurídica, y su tributario penal como lo es el principio de legalidad, quien no se satisface de modo alguno discurriendo bajo los términos de la determinación legal, cuestión que el profesor Rojas Sepúlveda<sup>73</sup>, aún más avizora un problema de ley penal en blanco.

La determinación se entrega a la discrecionalidad del juez, el cual puede no ser prenda de garantía tratándose de auscultar plenamente las circunstancias fácticas que penden no sólo de la realidad social de la víctima, sino de su psiquismo y de la relación existente con la pareja denunciada. Aún las diferencias de género podrían eventualmente obstaculizar dicha apreciación.

De acuerdo a Rodríguez Collao, la *grave ofensa* atiende al “desvalor del resultado”, a la “forma que en cada caso adopte la vulneración del bien jurídico”<sup>74</sup>, debiendo valorarse aquella en

---

<sup>72</sup> Guzmán Dálbora, op. cit., p. 198.

<sup>73</sup> Rojas Sepúlveda, op. cit., p. 63.

<sup>74</sup> Rodríguez Collao, op. cit., p 295.

función del propósito del resguardo del interés familiar, sea que la convivencia familiar se haya hecho intolerable, o por significar una ruptura definitiva de la armonía familiar.

Fuera de lo antes indicado, pensamos que la *grave ofensa* puede producirse, en aquellos casos en que se efectúe el acceso carnal bajo las circunstancias descritas y, por ejemplo, efectuándose aquéllas en público, sea en presencia de una o más personas<sup>75</sup>, que pueden ser “amigos de juerga”<sup>76</sup> del sujeto activo, sea con la utilización de videocaptura para fines de difusión masiva (sea para la exhibición de otra u otras personas, o para ser utilizado en Internet), sin perjuicio de los problemas concursales con otros delitos sexuales sobre este punto. También puede producirse en términos similares a las situaciones descritas como agravantes de los delitos sexuales en el sistema penal alemán, como que la violación se efectúe con maltrato al sujeto pasivo<sup>77</sup>, sea que se produzcan situaciones de peligro en contra de la salud o la vida<sup>78</sup> de aquél, o se hagan uso de medios o instrumentos que añada oprobio o contenga un riesgo de infección (uso de aparatos mecánicos, objetos, etc.).

### **3.- Hipótesis del artículo 369 n° 2 o la desactivación procesal en el caso de violación conyugal y concubinal**

Esta hipótesis responde a la desactivación de la acción penal en el proceso por delitos de violación vistos. El N° 2 del artículo 369 plantea lo que sigue: “Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados”

En primer lugar, este N° 2 se coloca en la situación de haberse perpetrado violación conyugal o concubinal en cualquiera de las hipótesis que plantea el 361. En segundo lugar, se plantea una regla general y una excepción. La regla general es la desactivación del proceso si existe requerimiento del ofendido, es decir, existe la plena admisibilidad en la desactivación de la acción penal. La excepción es la continuación del proceso cuando el juez niegue dicho requerimiento por motivos fundados.

Esto supone previamente determinar los conceptos “requerimiento del ofendido” y “motivos fundados”. El segundo problema, comenzará a visualizarse con la resolución del primer problema, y se manifestará como una colisión en cuanto a los argumentos expresados por el juzgador.

#### *a.- Requerimiento del ofendido*

El término “requerimiento del ofendido” significa la manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito y víctima, de concluir con el proceso en marcha. La pregunta es por la forma procesal que toma este requerimiento.

Se desprende de las discusiones parlamentarias, basadas en la naturaleza de la acción penal en los delitos sexuales, que basta la denuncia ante Carabineros y no la prosecución de

---

<sup>75</sup> La doctrina española consideraba este acto como hábil para la declaración de la antijuricidad del acto, aún en la época en que se consideraba el acceso carnal del cónyuge como permitido (Corcoy *et al*, *op. cit.* pp. 305-306). Si considerando este acto como reñido al pudor por la doctrina española, y haciéndonos eco de ella, no existe duda en que ante la consideración de la gravedad de la ofensa, debemos considerar esta situación como hábil para calificar bajo este caso.

<sup>76</sup> Situación descrita ejemplificadamente por Politotff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, parte especial, p. 292.

<sup>77</sup> Código Penal Alemán, (StGB), § 177, (4), 2, a.

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 177, (3), 3; 4 (2), b.

querella, en delitos de esta especie, con el fin de permitir un mayor acceso a los cónyuges y convivientes que han sido objeto de violación<sup>79</sup>. La intención del legislador es dar la forma de acción penal pública previa instancia particular, en cuanto a su inicio, pudiendo entonces accionarse por denuncia y no sólo por querella, lo cual supone desformalizar la activación con el objeto de darle facilidad y celeridad en su génesis.

Ahora bien, en el caso del inicio del proceso por denuncia no requiere mayor complejidad, debido a la falta de formalidad de ella, basta a su vez un término del proceso del mismo modo informal. El caso del inicio por querella es de diverso entendimiento. Dado a la formalidad de la activación (querella), podría pensar en exigirse igual formalidad en el caso de su desactivación (desistimiento). De acuerdo al profesor Rojas Sepúlveda<sup>80</sup>, basado en la historia fidedigna, sostiene que el requerimiento se traduce en una simple solicitud sin formalidad alguna, siempre y cuando se manifieste la voluntad de terminar con la persecución penal.

Es nuestra opinión que las formas de desactivación deben ser correspondientes con las formas de activación del proceso. La formalidad de la querella requeriría de idéntica formalidad para su desactivación, debiendo concurrir formalidad para el desistimiento si se ha procedido a deducir querella.

#### b. *Motivos fundados*

La disposición citada utiliza la expresión “motivos fundados” que fuera de ser una “pleonástica terminología”<sup>81</sup> según Rojas Sepúlveda, la ley no precisa su significado. Los motivos fundados, en todo caso, sólo se expresarán para el evento de una negativa ante el requerimiento del ofendido para poner término al procedimiento.

Entendemos que en los casos de fuerza o intimidación el perdón sólo podría operar como forma de terminación del proceso, y, por ende, extinción de la acción, si los bienes jurídicos no fueron afectados gravemente, o bien, si no se comprometieron otro tipo de bienes jurídicos, como la integridad física, el honor, etc.; o en los casos en que cese una situación de violencia intrafamiliar<sup>82</sup>; o en aquellos casos en que exista presunción que el cónyuge víctima no está siendo objeto de coacción o amenazas por el victimario con el fin de conseguir la renuncia a la acción, cuestión que en todo caso se desprende de las discusiones en el seno del legislativo, y de la opinión de la doctrina<sup>83</sup>.

En efecto, y por su parte Rojas Sepúlveda, fundado en la historia fidedigna, señala que para la consideración de los motivos fundados han de tenerse en cuenta si ha existido coacción y si ha existido arrepentimiento por el agresor en el contexto de una seria reconciliación en la pareja. Con el objeto de excluir la posibilidad de coacción, el autor requiere, para una decisión ajustada a una motivación fundada, la concurrencia de la víctima ante la presencia judicial “para determinar el grado de libertad con que se ha emitido el requerimiento”<sup>84</sup>. Así el juzgador, en caso de duda, podrá ordenar exámenes psicológicos u otros de distinta naturaleza, ya que en una decisión tan trascendental como la extinción de la acción penal, necesita el juez contar con “suficiente

<sup>79</sup> Sesión N° 27, 15 de diciembre de 1998, opinión Señora Pía Guzmán.

<sup>80</sup> Rojas Sepúlveda, op. cit., pp. 63-64.

<sup>81</sup> Rojas Sepúlveda, Mario, *Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales*, p. 64.

<sup>82</sup> Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial*, p. 94; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, p. 292.

<sup>83</sup> Cfr. Tobar, *Violencia sexual*, p. 37; Rojas Sepúlveda, op. cit., p. 64; Guzmán Dálbora, op. cit., pp. 177-178.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 65.

conocimiento de causa”<sup>85</sup>. Además de lo señalado, el autor agrega aún un tercer requisito: la conveniencia para la víctima como objeto de ponderación del juez.

De lo dicho, y permitiéndonos añadir algunas observaciones, de los informes o pericias a efectuar, convenimos en considerar siempre la exigencia de informes sociales por el juzgador para una mejor decisión, ya que el profesional a cargo del informe necesariamente tocará otros tópicos diversos del psicológico, y que dirán relación, por ejemplo, con las condiciones de vida de la víctima y del agresor, y su situación socioeconómica, para tener en cuenta, entre otras, la probabilidad que el cónyuge afectado por la conducta encuentre condicionada su opción por la desactivación procesal, por ser al agresor el único sostenedor o por disponer de una sola casa habitación, o por la situación de los hijos, cuestión a que hicimos alusión con anterioridad.

#### **4.- Naturaleza de la acción penal en la violación conyugal y concubinal**

Debido a la naturaleza de la violación conyugal o concubinal como un delito sexual, la acción procedente debería ser encuadrada como una acción pública previa instancia particular, de aquellas genéricamente conceptuadas por el artículo 54 del Código Procesal Penal. Sin embargo, es una acción que presenta diversas particularidades que parecieran apartarla de la conceptualización recién señalada para dichas acciones. En efecto, las acciones públicas previa instancia particular vistas desde su inicio, requieren de la activación de la víctima o personas que cumplen un rol procesal en facultad de ejercicio de la acción. En cuanto a su sostén, no admiten desactivación de la víctima una vez iniciada.

La acción por la violación conyugal y concubinal, en cambio, no sólo se inicia por la actividad de la víctima (denuncia o querrela), sino además, admiten por regla general el desistimiento de la víctima de la acción, con lo cual se acerca en este punto, a la acción penal privada. Sin embargo, el hecho que respecto de ella, requiera el “visado” o autorización del juez para la desactivación por la víctima, la hace una acción diferente a la acción penal pública previa instancia particular (la cual no admite desactivación privada) y a la acción penal privada (la cual es ampliamente procedente la desactivación privada), quedando a medio camino, como una acción privada tutelada, siendo más bien de naturaleza *sui generis*.

#### **V.- La violación conyugal y concubinal como acto constitutivo de violencia intrafamiliar**

Es publicada en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2005 la Ley 20.066, Ley de Violencia Intrafamiliar, la cual contempla la fórmula general de la violencia intrafamiliar dentro de la cual se encuadra la violencia sexual y la violación entre cónyuges y convivientes. Conviene señalar que dicha ley, en todo caso, no considera de modo separado para su definición o regulación a la violencia sexual como en legislaciones comparadas del ramo<sup>86</sup>. Sin embargo, de la historia de la Ley se desprende la intención de formular un concepto integrador de la violencia sexual. Así, por indicación sustitutiva del Ejecutivo, proponía el comprender dentro del concepto de integridad física y síquica a la integridad sexual y así se mantuvo<sup>87</sup>, hasta que posteriormente en la Comisión

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> Bolivia, Ley 1.674, art. 6, letra c); Costa Rica, Ley 7.586, art. 2, letra d); Ecuador, Ley 103, art. 4 letra c); El Salvador, Decreto 902, art. 3, letra c); Honduras, Ley contra la violencia doméstica, art. 5 N° 3; Uruguay, Ley 17.514, art. 3 letra c); Venezuela, Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia, art. 7.

<sup>87</sup> Informe de la Comisión de Familia acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. (Boletín N° 2318-18; Informe 5787).

de Constitución, Legislación y Justicia y a indicación del diputado Juan Bustos (que fue aprobada), se elimina, por estimar que la comprenden los conceptos de integridad física y síquica referidos<sup>88</sup>. Si bien comprendida de ese modo, tal vez no habría sido demás señalarla como forma especial de agresión y violencia, debido a que su atentado se relaciona con un bien jurídico especialísimo para estos hechos, como es la libertad y la indemnidad sexual. Por otro lado, para una mejor praxis en los operadores de la justicia no necesariamente letrados, mientras más precisa y clarificada sea una ley, y sobre todo de estas características, mucho mejor, ya que en su tendencia al apego de la norma y de su seca literalidad, se pueden obviar situaciones de esta clase, las cuales son de suma importancia para que no se produzca la indefensión de la víctima. Por ende, no se ve como conveniente su mención, más aún si consideramos las actuales discusiones parlamentarias para reformar la actual Ley 20.066.

Ahora bien, de producirse esta violencia sexual, nuestro sistema lo asimila en forma simultánea de dos modos: como tipo penal y como acto constitutivo de violencia intrafamiliar. Al considerarse en forma simultánea, no sólo el derecho penal actúa con sus institutos propios, sino además son aplicables todas las medidas de protección y cautelares que señala la Ley 20.066, en concordancia al proceso penal. Pero en este caso, además de las normas generales familiares, penales y procesales, ha de aplicarse la norma del artículo 369 que señala algunas situaciones de procesabilidad de estos delitos en forma especial.

Lo importante dentro de este contexto de derechos que intersectan una situación común, es que en los delitos sexuales se reduce la probabilidad de ser desestimados por el sistema, debido a que el primer eslabón y que acude con una visión particular e informada acerca de la violencia sexual entre cónyuges, es el Tribunal de Familia, el cual con su actuación de algún modo obliga (no como una obligación de derecho, pero sí de conveniencia) a que estos actos sean considerados por el sistema criminal y revisados con mayor acuciosidad que otros hechos<sup>89</sup>.

#### **VI.- Situación de la violación conyugal y concubinal en el Anteproyecto de Código Penal del 2005**

El Anteproyecto de Código Penal del 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, consigna en las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual (§ 4), el artículo 110, el cual se avoca al problema analizado. Éste reza lo que sigue. “1° Sólo se dará curso al procedimiento si el cónyuge o conviviente es menor de doce años o el hecho se comete mediante fuerza o intimidación o su continuación pareciera necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida; 2° Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido, siempre que sea mayor de doce años de edad cumplidos, se pondrá término al procedimiento, a menos que el tribunal no lo acepte por motivos fundados”<sup>90</sup>.

Como puede notarse, los términos de este artículo no parecen tan diversos a la redacción del artículo 369, pero existen detalles que hacen diferencias importantes. Para comenzar, el encabezado del artículo 110, hace aplicable a la situación conyugal y concubinal, todos los delitos

---

<sup>88</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. Informe complementario al segundo informe de la comisión de familia. (Boletín N° 2.318-18; informe 6093).

<sup>89</sup> Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la Ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar. (Boletín N° 2.318-18; Informe 8913). En el mismo sentido y en la misma discusión opinión del profesor Acosta.

<sup>90</sup> Secretaría Técnica Comisión Foro Penal, "Anteproyecto de Código Penal de 2005, preparado por la Comisión Foro Penal", en *Política Criminal*, Documentos, D1, 2006, pp. 25-26.

contra la integridad sexual, y no sólo la violación ni el abuso sexual como aparece en la disposición del artículo 369<sup>91</sup>, lo cual nos parece acertado. Además, se clarifica de mejor manera la redacción, al señalar los casos específicos por los cuales se daría curso al procedimiento, eliminando de paso, la referencia procesal al sobreseimiento del artículo 369.

La situación de hacer mención a la minoría de edad de 12 años se condice con lo expuesto por los redactores del Anteproyecto en su artículo 99, como límite etario mínimo para la violación, respecto de lo cual no nos pronunciaremos en este momento, pero que desde ya, la doctrina discrepa de la fijación de este límite en dicho Anteproyecto<sup>92</sup>.

El N° 2 del artículo 110 reproduce textual al N° 2 del 369, por lo cual no cabe mención alguna, y las menciones hechas por nuestra parte a aquél, valen para éste.

### VII.- Conclusión

En la consideración de la relación conyugal y concubinal como relación penal, sin duda tuvo importancia una concepción *victimológica*, puesto que es en razón de la posición de la víctima, ante todo, en que se funda la regulación jurídico-criminal de la violación conyugal y concubinal.

Sin embargo, una vez ingresada por esta vía, la preocupación ha de posar sus ojos en la relación penal antes expresada, donde el estudio de ella arroja mayores luces sobre su problemática en general, que el análisis de sus componentes aislados (cónyuges/concubinos considerados individualmente). La forma de interacción que se produce entre los cónyuges o concubinos trasluce el contexto en el que se desenvuelven, y delatará la circunstancia concreta y específica en la que se produce la afectación del bien jurídico libertad/indemnidad sexual.

Criminológicamente significaría la investigación de todos y cada uno de los hechos que rodean la circunstancia específica de la comisión delictiva, y la explicación de su origen; las posibilidades de su continuidad en el tiempo en razón del estado psicológico del agresor y su relación con el estado de la víctima; el mayor o menor grado de sociabilidad entre ambos, y de ellos hacia el entorno, etc.

Penalmente consideraremos las relaciones de la agresión y su resonancia en el sujeto pasivo para determinar la ofensa inflingida y con ello la necesidad de la pena, y a su vez la relación entre el binomio ofensa/necesidad de la pena; en el caso de violación por fuerza o intimidación, las relaciones producidas entre fuerza y resistencia<sup>93</sup> de la víctima dentro del contexto de cohabitación permanente y en la circunstancia específica en que se produce, para determinar, por ejemplo, los grados de “cooperación” del sujeto pasivo y con ello los grados de responsabilidad del sujeto activo (sea en las consecuencias de tipicidad o en la determinación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal).

Siendo efectivamente de necesaria regulación, la violación conyugal y concubinal será portentosa sólo si su énfasis es puesto en las relaciones penales que surgen a consecuencia no

---

<sup>91</sup> Que en todo caso hace referencia dicha disposición al artículo 366 N° 1, en consecuencia que en el hoy dicho artículo no tiene numerales, olvido del legislador de no sistematizar convenientemente esta disposición a propósito de la reforma de la Ley 19.927.

<sup>92</sup> En efecto, Rodríguez Collao, y en oposición al proyecto, estima como límite la edad de 13 años (Rodríguez Collao, Luis, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 1, A1, 2006, p. 13).

<sup>93</sup> Aún cuando un sector de la doctrina tanto nacional como extranjera no admita la resistencia como elemento en estos delitos. Anticipamos nuestra inclinación por la tesis de la resistencia como inclusiva en los hechos de fuerza en la violación, por razones que despejaremos en otro estudio posterior.

sólo de la interacción entre cónyuges y convivientes, sino entre los diversos binomios jurídicos que se expresen.

### **Bibliografía consultada**

ANTÓN ONECA, J. Y RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Madrid, España, 1949.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel et al, Compendio de derecho penal, Parte especial, (Vol. II), Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1998.

BRAVO, Mariana, Incesto y violación, características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1994.

BILBAO, María Josefina et al, Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos, SERNAM, Seminario internacional, 13 y 14 de diciembre de 1994, 1995.

CASAS BECERRA, Lidia et al, Violencia de género y Reforma procesal Penal Chilena, Delitos sexuales y lesiones, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 16, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

CÁRCAMO OLMOS, Juan Carlos, "Modificaciones legales a los delitos de la conducta sexual", Revista de derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, (vol. 6), (6), pp. 191-196, 1998.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II, [trad. José Ortega Torres], Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1958.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Manual práctico de derecho penal, parte especial, doctrina y jurisprudencia, (2 edición ampliada y puesta al día), Tirant Lo blanch, Valencia, España, 2004.

DEL RÍO, Raimundo, Derecho Penal, Tomo III, Legislación penal- delitos especiales, Editorial nacimiento, Santiago de Chile, 1935.

EHEVARRIA, Casilda, "La urgencia de legislar", en BILBAO et al, Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos, SERNAM, Seminario internacional, 13 y 14 de diciembre de 1994, 1995.

ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, (Tomo IV), Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976.

\_\_\_\_\_, Derecho Penal, Parte General, (Tomo IV), (3° edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

GARBERI LLOBREGAT, José et al, Código Penal, Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria, (primera edición), Editorial Bosch, Barcelona, España, 1999.

GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

GROSMAN, Cecilia P. y MESTERMAN, Silvia, Maltrato al menor: el lado oculto de la escena familiar, (2a. ed.), Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", en Gómez Urrutia, Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales N° 6, Santiago de Chile, 2002.

HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, (Tomo II), (7° edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983.

\_\_\_\_\_, Derecho Penal, (Tomo II), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

LEIRO, Georgina, "Aportes de la Convención a los Derechos de la Mujer", en BILBAO et al, Violencia Intrafamiliar y Derechos Humanos, SERNAM, Seminario internacional, 13 y 14 de diciembre de 1994, 1995.

MILLÁN, Cecilia, Masculinidad y violencia conyugal, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Antropología, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Antropología, Marzo, 2003.

MINISTERIO PÚBLICO, Instructivo general N° 35 que imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad, Santiago de Chile, diciembre 15, 2000.

\_\_\_\_\_, Instructivo N° 75 que fija texto sustitutivo del Instructivo N° 42 sobre archivo provisional y facultad para no iniciar investigación, Santiago, septiembre 26, 2001.

\_\_\_\_\_, Oficio N° 007 que Amplía criterios de actuación en investigación de delitos sexuales, Santiago de Chile, enero 12, 2004.

\_\_\_\_\_, Oficio N° 061 que complementa instrucciones contenidas en Oficio N°035/2004, rectifica criterios de actuación con respecto a la investigación de delitos sexuales y señala orientaciones frente a problemas originados por la nueva regulación de la ley N° 19.927, Santiago de Chile, Enero 28, 2005.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, (4° edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995), Barcelona, España, 1996.

MORALES ACOSTA, Nibaldo, Actualización doctrinaria y jurisprudencial del delito de violación, Seminario de Titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 1992.

POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMIREZ, M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez, Lecciones de derecho penal, Parte especial, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

ROJAS SEPULVEDA, Mario, "Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (205), (enero-julio), 1999, pp. 47-73.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal", Política Criminal, N° 1, A1, 2006, pp. 1-19.

RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal Español, Parte Especial, (17° edición), Dykinson, Madrid, 1994.

SAN MARTÍN, Néstor et al, "Violencia sexual en Chile y nueva ley de delitos sexuales, en Revista Fronteras en obstetricia y ginecología, (julio), 2, (1), 2002, pp. 61-66.

SANCHEZ ROMERO, Cecilia, "La violación dentro del matrimonio", Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 10, (septiembre), (año 7), 1995, [versión electrónica], [fecha de última visita: 12 marzo 2007].

SCHNEIDER, Hans Joachim, "Violencia en la familia", en Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Chile, (29), 1995, pp. 41-53.

SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL, "Anteproyecto de Código Penal de 2005, preparado por la Comisión Foro Penal", en Política Criminal (2006), Documentos, D1, pp. 1-93, [<http://www.políticacriminal.cl>].

SILVA SILVA, Hernán, "Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (206), (julio-diciembre), 1999, pp. 143-162.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, V.3., Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina, 1978.

TOBAR SALA, Juan Carlos, Violencia Sexual, Ediciones Pehuén y Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile, 1999.

ULLOA GONZÁLES, Mirtha, Violencia doméstica: Estrategias legales y experiencias judiciales, Corporación de promoción universitaria, Proyecto de capacitación, gestión y política judicial, Serie Difusión, N° 2, Santiago de Chile, 1992.

URE, Ernesto, Los delitos de violación y estupro, Editorial Ideas, Libros de alta calidad, Buenos Aires, 1952.

VIVES ANTÓN, Tomás [coordinador], Comentarios al Código Penal de 1995, Tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.