

# SENTENCIA DEFINITIVA EN JUICIO PENAL

## MATERIA: DELITO DE VIOLACIÓN

---

ROL DE INGRESO EXCMA. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN.  
ROL 974-97

Comentario: Inst. de Criminología USS.

Concepción, a ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

### VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada con excepción de sus considerandos segundo y octavo que se eliminan. Se introducen además a dicha sentencia las siguientes modificaciones:

En el considerando tercero se reemplaza todo el párrafo primero que comienza con la preposición “que” y termina con la voz “plural” por el siguiente: “Que en consecuencia está acreditado en el proceso que se obligó a la niña Pamela Susana Rozas Rojas a soportar un contacto sexual que culminó con sus genitales externos mojados, invadidos por una descarga de espermatozoides y líquido producto del orgasmo de su ofensor”.

En el párrafo segundo del mismo considerando tercero en la línea 20 se reemplaza la forma verbal “introdujo” por “deslizó” y en la línea 27 se sustituye la palabra “vagina” por “vulva”.

En el considerando quinto fs. 123 vta. línea 1 se sustituye el plural “permiten” por “permite”.

En el considerando sexto línea 23 se sustituye la voz “reflección” por “reflexión” y en la línea 25 la voz “face” por “fase”.

En el considerando séptimo, fs. 123 línea 3 luego de la palabra “accederá” se intercala la siguiente frase: “en lo atinente a la primera minorante”.

En el mismo considerando se elimina todo el párrafo segundo que comienza con la forma verbal “consta” y termina con la frase “la segunda minorante alegada”.

Se eliminan las citas de los artículos 21, 32, 69 del Código Penal y 457, 487 y 505 del Código de Procedimiento Penal. Se consignan las citas de los artículos 24 del texto primeramente citado y 456, 464, 473, 474 y 477 del Código mencionado en segundo término.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1º Que el mérito de los elementos indiciarios consignados en el motivo primero del fallo que se revisa y que se reproduce en lo pertinente en esta sentencia, legalmente valorados, éstos, resultan suficientes para dar por establecidos los siguientes hechos: Pasadas las 06.00 horas de la mañana del día 04 de marzo del pasado año 1996, en circunstancias que la menor de ocho años de edad Pamela Susana Rozas Rojas, dormía en su cama, se deslizó en ella el conviviente de la madre de la menor, un sujeto de 43 años, que la arrinconó en el lecho procediendo primeramente a bajarle sus calzones, para luego efectuarle tocaciones manuales libidinosas en sus piernas y genitales, prosiguiendo luego a llevar su miembro viril hasta el sexo de la niña en donde eyaculó en el clímax de un orgasmo sexual.

Estos hechos configuran el delito de violación de la menor Pamela Susana Rozas Rojas, en el tipo que describe el artículo 361 Nº 3 del Código Penal, en relación con el artículo 362 del mismo texto legal ya que de ellos aparece que la menor Pamela, fue sometida a un contacto sexual en que hubo principio de ejecución.

2º Que es de toda evidencia en el proceso el hecho que la menor Pamela Susana Rozas Rojas, de ocho años de edad al tiempo del suceso materia de esta pesquisa, sufrió un atentado sexual por parte del procesado Carlos Iván Espinoza Jara, el conviviente de la madre de la niña.

Tanto es así, que el propio acusado lo reconoce en forma expresa en su escrito de descargos (fs. 106 vta.) cuando señala que los hechos que informan el atentado, de ningún modo pueden, éstos, conducir al sentenciador a la certeza de que se trate de un intento o tentativa de delito de violación, no pudiendo presumirse que haya existido tal principio de ejecución.

3º Que el mismo acusado, pergeñando en torno al hecho punible la línea de conducta menos rigurosa y severa, resalta los hechos que conforman dicho atentado, los que particulariza como sigue: a) el acusado se acostó en la cama de la niña Pamela, posicionando el cuerpo de ésta de lado al rincón del lecho; b) le bajó los calzones ("cuadros" hasta la rodilla, c) le tocó la vagina con la mano y d) le puso el miembro viril entre las piernas de la niña hasta eyacular.

Los hechos signados c) y d) hay que precisarlos del modo como estos realmente ocurrieron según la investigación: El hombre acarició las piernas y el sexo de la niña con sus manos; llevó luego su miembro viril hasta el conducto vulvar o introito vaginal de la menor en disposición de inseminar (erecto) eyaculando sobre su sexo sin penetrar sin embargo las vías genitales femeninas y sin que la niña opusiera resistencia salvo pedir a su agresor que la dejara.

4º Que resulta claro y patente el propósito de copular que estuvo presente en la intención del ofensor, el que se tradujo en el contacto de los sexos, que la niña percibió en la dureza del miembro viril y resintió por dolorosa, la presión del falo sobre su vulva (fs. 9).

Este contacto de los sexos así descrito que el hombre acusado tiene perfectamente claro ("mantuve relación sexual hasta eyacular sin haber penetración") es más que una

tentativa, está más allá de los actos preparatorios; constituye nítidamente un principio de ejecución del acto de yacer, suficiente para atribuir al hecho el carácter de violación consumada en presencia de los demás requisitos del artículo 361 del Código Penal.

5º Que la tesis de abusos deshonestos que propone la defensa del acusado en su escrito de contestación, y que funda básicamente en el hecho de no haber existido penetración del miembro viril en los genitales femeninos y en las conclusiones de las distintas opiniones médicas que se virtieron en el proceso y que a su juicio no conducen a determinar la existencia de signos precisos que permitan concluir certeramente que la ofendida pudo ser violada en su zona genital, no tiene destino y por las razones anotadas en los fundamentos 2º y 3º no puede ser aceptada; la circunstancia de la agresión sexual de la ofendida es un hecho de la causa ampliamente reconocido por el ofensor y los pareceres médicos que se han recogido durante el curso de la investigación, luego que el examen ginecológico que se le practicara a la ofendida en el hospital de Santa Bárbara (fs. 4), el mismo día del hecho constatará “vulva enrojecida en especial a nivel del introito vaginal” y luego también del informe del legista ad-hoc (fs. 13), que un día después del hecho constató la persistencia todavía de la irritación (leve ya) de la zona perivulvar, se trata, dichos pareceres, sólo de juicios no de constatación de hechos.

La irritación perivulvar (en vías ya de desaparición) constatada por el legista y detectada primeramente en el hospital de Santa Bárbara, es una lesión típica de un contacto sexual, que concuerda con los antecedentes fácticos que se dejaron expuestos en los razonamientos precedentes, especialmente en el fundamento 3º de este fallo.

No hay ningún antecedente concreto que conduzca a concluir que el enrojecimiento de la vulva a nivel del introito vaginal y peri-vulvar sea producto de falta de aseo periódico, de colonización de hongos o se deba a automanipulaciones por parte de la menor (fs. 96); en cambio, lo sucedido en el lecho de la niña el día en que fue agredida sexualmente es perfectamente concordante con dicha lesión peri-vulvar.

El dolor que experimentó la niña por la presión que el miembro viril ejerció sobre sus genitales externos y la rápida desaparición de esta muestra de acceso sexual son circunstancias inequívocas de que esta lesión es producto de un contacto sexual como el que ha sido descrito en este trabajo.

6º Que a juicio de este sentenciador no favorece al culpado la atenuante de reparación del mal causado que admitió el juez a que en base a la consignación total de \$ 20.000 (cinco mil pesos cada vez, fs. 75, 86, 102 y 116) que efectuó el procesado con el expreso propósito de que la menor sea llevada a un “médico especialista o sicólogo a fin de evitar posteriores consecuencias si ella hubiera quedado afectada psicológicamente con los hechos” (fs. 75).

Al efecto debe tenerse presente que el daño moral que sufre la víctima, especialmente tratándose de una niña de escasos ocho años de edad, es siempre el mismo, aunque la cópula no se materialice, particularmente en el caso en estudio en que la chica fue masivamente invadida por el semen de su ofensor en sus genitales externos.

No debe olvidarse que el niño tiene derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social (Derechos del Niño, D.S. N° 830 Ministerio RR.EE. D. Oficial 27 septiembre 1990) y que en el caso presente tal protección debe darse en la

forma de una terapia especializada, cuyo coste no cubre con mucho la suma depositada por el reo la que apenas si alcanza para solucionar el valor de una sola consulta médica.

En tales condiciones no puede estimarse celosa la reparación que pretende el encausado, máxime que habían transcurrido ya más de cuatro meses de ocurrido el suceso delictivo cuando se hizo la primera de cuatro consignaciones (fs. 75 vta.), tiempo más que suficiente para que la memoria fije con caracteres de permanencia un daño psicológico como el sufrido por la ofendida.

Se trata en cualquier caso, de una reparación tardía.

Hay que advertir que nadie ha reclamado por este daño moral, pero el niño es patrimonio de vida del mundo y la sociedad entera, cualquiera de sus integrantes y con mayor razón el juez, órgano social clave en cualquier sociedad, aún en las primitivas, tiene interés en ello. El daño moral al niño es un daño al tejido social.

7° Que la pena que corresponde al delito de que resulta responsable el procesado es la de presidio mayor en su grado medio a máximo, esto es 10 años y un día a 20 años, según lo contempla el artículo 361 inciso final del Código Penal, ya que se trata precisamente, la víctima, de una menor de 12 años cumplidos.

Esta Corte sin embargo sancionará al reo con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, cinco años y un día, teniendo en cuenta para ello que su conducta pretérita irreprochable tiene el carácter de muy calificada según se aprecia de los antecedentes que obran en fs. 59, 60 a 54 y fs. 83, de los cuales aparece que hasta ayer (hasta el día en que incurrió en conducta delictiva) era un trabajador rural, que por sus condiciones personales contaba con el aprecio de su comunidad.

8. Que del modo que se ha expresado se disiente del parecer de la señora Fiscal en su dictamen de fs. 128, quien fue de opinión de revocar la sentencia apelada y sancionar al enjuiciado como autor del delito de abusos deshonestos.

Con lo informado por el Ministerio Público y que lo preceptúan los artículos 514 y 529 el Código de Procedimiento Penal, SE CONFIRMA con costas del recurso la sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis escrita a fs. 120, con DECLARACION de que se ELEVA a CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo, la pena privativa de libertad que le queda impuesta al procesado Carlos Iván Espinoza Jara y que se sustituyen las accesorias legales por las de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de violación de la menor Pamela Susana Rozas Rojas.

Se confirma en lo demás el expresado fallo.

Acordada contra el voto del abogado integrante señor Julio Sáez Perry, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada, con declaración que el encausado queda condenado como autor del delito de abusos deshonestos y a las accesorias correspondientes, por las razones que se exponen más adelante en esta resolución. Se eliminan de dicha sentencia sus fundamentos Tercero y Octavo. Se sustituye en el Sexto su párrafo segundo por el siguiente: "El Tribunal aceptará lo sostenido por la defensa del encausado, en atención a lo sostenido en los demás considerandos de esta sentencia". En el considerando Primero,

Nº 3) a fs. 121, líneas 5 y 7, se sustituye “vagina” por “vulva”, en el Nº 4), misma fs., línea 25 “canal vaginal” por “vulva”, en el Nº 5) se cambia el punto final por una coma y se agrega la frase “no hay manchas de sangre, según lo dicho a fs. 12 vta., línea 7 y 16 respectivamente”; en el considerando Segundo, fs. 122 vta., línea 12, se sustituye “vagina” por “vulva”, en el Cuarto, fs. 123, línea 19, se cambia la frase “mantuvo relación sexual hasta eyacular” por “eyaculó”, en las líneas 24 y 25 “vagina” por “vulva”, en el fundamento Quinto, fs. 123, línea 30 se sustituye “488” por “481”, y en el considerando Séptimo, fs. 124, líneas 26 y 19 se cambia “cojejir” y “acojer”. Se reproduce la sentencia apelada, en lo demás, y se tiene también presente.

1.- Que, conforme a los antecedentes relatados en el considerando primero de la sentencia apelada, es conveniente dejar establecido claramente los hechos que han sido objeto de esta investigación, los cuales se deducen de las declaraciones prestadas por las personas que intervinieron en ello, esto es, el encausado Carlos Iván Espinoza Jara y la víctima de ellos Pamela Susana Rozas Rojas, y además los informes médicos y declaraciones de los facultativos que se indican en este fundamento.

2.- El encausado a fs. 8 y 77 declara enfáticamente que él puso a la menor al rincón de la cama de lado, habiendo procedido a acariciarla con las manos en las piernas y la vulva, bajándole los cuadros hasta las rodillas, bajándose el cierre del pantalón. Declara además que rozó con el pene la vulva por entre las piernas de dicha menor, terminando por eyacular. Insiste que no hubo penetración alguna.

3.- Que, por su parte la menor, Pamela Susana Rozas Rojas, en sus declaraciones de fs. 9 y 87 expresa textualmente: “Me bajó mi calzón hasta la altura de mi rodilla, luego con una mano, me tocaba mi vagina (sic), entremedio”, agrega que “luego que retiró su mano sentí algo duro no sabía que era me rozaba mi vagina” (sic). Dice después: “luego que terminó de rozarme mi vagina, (sic) me dijo no le digas nada a tu mamá”. Es decir, se infiere de esta declaración que el procesado solamente rozó la vulva de la menor.

4.- Que, también es conveniente puntualizar con claridad lo que los informes médicos han dicho sobre los hechos investigados: a) en el informe rolante a fs. 4 suscrito por la Matrona Genoveva Marisol Guzmán Guzmán expresa que según el relato de la menor ya mencionada ésta habría sido “violada”, dejando constancia que la vulva está enrojecida, en especial a nivel del introito vaginal himen intacto. A fs. 31 comparece ante el Tribunal la profesional ya indicada, ratificando el certificado médico de fs. 4 y ante las preguntas del Juez expresa: “sobre lo que Us., me interroga, debo manifestar que al examinar a la ofendida, no se encuentra signos clínicos que pudieran corresponder a intento de violación ya que estos son signos imprecisos, los cuales pudieran deberse a otras lesiones pre-existentes (Micosis vaginal, región eritematosa secundaria alcrataje). Por otro lado cabe señalar que el himen al examen se encontraba intacto, lo cual indica no haber sido penetrada por el agresor” expresa al final de su declaración que agrega “que todo lo declarado anteriormente no excluye que pudiera haber habido intento de violación”. Es decir, esta matrona describe primero lo que ella vio, descartando todo intento de violación, pero ella expresa al final que pudo haber dicho intento, toda vez que, como dice la madre de la menor a fs. 10 el examen lo practicó la mencionada matrona en presencia de ella, quien es la que denunció estos hechos, según se expresa en el parte de Carabineros de fs. 1; b) que, a fs. 13 corre agregado un informe emanado del Médico

Legista Ad Hoc, Raúl Adriazola G., en el que se dice que ha comparecido ante él Pamela Susana Rozas Rojas, “con el fin de corroborar si fue objeto de abuso sexual por parte de terceros. Dice que “al examen físico genital, se aprecia himen intacto”, observándose la zona perivulvar levemente irritada”. Agrega en la conclusión que “por el examen descrito es posible sospechar la posibilidad de intento de penetración, sin poder descartar si hubo o no tal penetración”, es decir, este facultativo médico termina sosteniendo una posibilidad de sospecha de intento de penetración; c) Que, a fs. 45 el médico legista señor Wladimir Sánchez García manifiesta que la madre de la menor, Mireya Rojas Sáez le ha expresado que un individuo adulto procedió a realizar “contacto génito-genital con la examinada”. Se refiere al informe evacuado a fs. 13 por el Dr. Raúl Adriazola expresando, no encontrar lesiones traumáticas corporales ni rotura reciente ni antigua del himen ni de lesiones traumáticas en la horquilla vulvar. En este informe el médico legista concluye sosteniendo: “la examinada se encuentra virgen, no presenta lesiones traumáticas en áreas génito-anal, ni secuelas de ello. Teniendo a la vista el Informe del Médico Legista, Dr. Raúl Adriazola, debo señalar a Us.; que los exámenes realizados en plazo de 24 horas de ocurrida la agresión genital no hay lesiones. Existe una desproporción notable en cuanto al volumen del pene y el tamaño de la vulva de la menor examinada. Al haber existido una penetración del pene más allá del himen, habría lesiones importantes de la horquilla vulvar, con desgarramiento muscular y lesión del himen, configurando un cuadro de solución médica mediante hospitalización y cirugía de región genital. En nuestro caso, el agresor debió contentarse con tocamiento del pene con área vulvar de la menor, llegando al orgasmo, no hubo lesiones en área ano-genital”. Este mismo profesional vuelve a informar a fs. 96 ratificando su anterior informe, en el sentido de que el examen a la menor ya indicada, “no reveló signos de lesiones traumáticas de región ano-genital, causada por agresión sexual genital” agrega: “por otra parte, la descripción de una vulva enrojecida a nivel de introito vaginal y peri-vulvar no son características de una agresión sexual si no más bien de: falta de aseo periódico, colonización por hongos de tipo *Cándida-Albicans*, automanipulaciones por parte de la menor”. Es decir, este informe del médico legista titular es coincidente con la declaración de la matrona ya indicada de fs. 31, descartando toda posibilidad de la existencia de un delito de violación, o de intento de éste.

5.- Que, como se puede observar de las declaraciones del encausado, de la víctima y de los informes emanados de profesionales médicos, se concluye que no ha habido hechos que pueden tipificar el delito de violación, y sí el de abusos deshonestos, contemplado en el artículo 366 del Código Penal. A este respecto, es del caso tener presente, que el Juez instructor de esta causa procesó al inculcado a fs. 16 en su calidad de autor de abusos deshonestos descrito y sancionado en el artículo ya indicado del Código Penal y que con posterioridad cumpliendo resoluciones de esta Corte modificó dicho auto, a fs. 52, procesando al autor del ilícito calificándolo como intento de violación. El Juez a quo, cumpliendo nuevamente instrucciones de la I. Corte de Apelaciones de Concepción modificó nuevamente el auto de procesamiento calificando el hecho punible como VIOLACION, según se lee a fs. 74 de autos. Las resoluciones de la I. Corte se fundaron en el artículo 362 del Código Penal, actuando de oficio, toda vez que lo hizo al conocer de apelaciones que denegaban las solicitudes del procesado en que pedía su libertad bajo fianza. Se debe tener en consideración que el procesado no apeló de la resolución del Juez a quo que lo había procesado por el delito de abusos deshonestos.

6.- Que, se estima por el disidente que es de conveniencia para fundamentar las consideraciones que vienen a continuación, precisar ciertos conceptos en relación con la teoría del delito. En primer término el concepto doctrinario de delito es que consiste en una “acción típica, antijurídica y culpable”. En relación con los hechos que se investigan en esta causa el problema se centra en la acción, entendiendo por tal “la conducta humana consciente encaminada a un fin determinado”, y la finalidad es “la voluntad de realización del hecho típico”. A su vez, la tipicidad es “la adecuación del hecho real al hecho formal descrito por el legislador”. En cuanto al dolo nos remitimos al conciso y claro concepto proporcionado por Hans Welzel: “Dolo es el saber y querer la realización del tipo” (Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª Edición. Traducción del alemán por el profesor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 1970, pág. 95). De este concepto quedan fijados los dos elementos importantes del dolo que son el “intelectual” y el “volitivo”. A su vez adquiere relevancia en este caso puntualizar lo que debemos entender por “culpabilidad”: esta es “el reproche personal que se hace al que ha cometido una acción, típica y antijurídica”. Se dice por la doctrina que la culpabilidad es “graduable”, es decir, puede ser más o menos según sea el ilícito cometido por una persona determinada. Se dice también que la culpabilidad es “la medida de la pena”, es decir, ésta puede ser más o menos según sea la entidad del ilícito cometido. (Estos conceptos han sido elaborados en base a las opiniones de Enrique Cury Urzúa, Juan Bustos Ramírez, Mario Garrido Montt, Luis Cousiño Mac Iver, Hans Welzel, Reinhart Maurach, Hans-Heinrich Jescheck, Claus Roxin, entre otros).

7.- Que, como hemos dicho anteriormente, el delito cometido por el encausado es el de abusos deshonestos. Sobre este delito un autor ha dicho que “es necesario el dolo, no se requiere ningún otro elemento específico subjetivo más (el ánimo lascivo). El sujeto activo debe querer sólo abusar deshonestamente, no yacer. Esta es la diferencia fundamental con la violación. En la violación la voluntad del sujeto debe dirigirse al yacimiento. Esta distinción, teóricamente perfecta, es a veces difícil de precisar en la práctica, sobre todo por lo que respecta a la diferenciación entre los abusos deshonestos y las formas imperfectas de ejecución de la violación, pues por los actos exteriores es difícil cuando el sujeto pretendía yacer o sólo tocamientos impúdicos” (Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte Especial, 2ª Edición, Universidad de Sevilla, 1976, pág. 329).

8.- Que, en el caso en estudio, y por lo sostenido en los fundamentos contenidos en la sentencia de primera instancia y lo expresado en los de esta resolución se puede determinar que el dolo del autor del delito es el correspondiente al de “abusos deshonestos”, y no al de “violación”. Lo cual se encuentra probado según ya se ha manifestado.

9.- Que, sobre la estructuración del artículo 366 del Código Penal, que contiene el delito de abusos deshonestos, la Doctrina Nacional ha criticado la forma en que la Comisión Redactora elaboró dicho precepto. El profesor don Alfredo Etcheberry en todas sus obras sostiene que, con relación a este delito, “nuestro código lo trata en forma particularmente tortuosa y que provoca serias dificultades de...”

10.- Que, también se ha sostenido que del propio tenor del artículo 366 del Código Penal se infiere que se contienen dos hipótesis distintas, una simple y otra agravada. El precepto aludido dice que “el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de 18 será castigado con presidio menor en cualquiera

de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361, se estimará como agravante del delito, aún cuando sea mayor de 18 años la persona de quien se abusa” (Texto actualizado conforme a la reforma introducida por la Ley Nº 19.221 Diario Oficial del 1º de julio de 1993). “La Ley no ha asignado aquí efectos especiales a esta circunstancia agravante, de modo que sus consecuencias se regirán por las reglas generales sobre influencia de atenuantes y agravantes en la pena”. (Etcheberry, Derecho Penal. Ob. Cit. Tomo IV Pág. 68).

11.- Que, con respecto al concepto del delito de abusos deshonestos se recurre a las ideas y conceptos expresados en las obras especializadas del Profesor don Sebastián Soler, quien elabora sus lucubraciones en relación a una disposición similar a nuestra contenida en el artículo 127 del Código Penal Argentino, que sanciona con la pena que indica “al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo concurriendo alguna de las circunstancias del artículo” que contempla la violación, “sin que haya acceso carnal”. En situaciones similares a la segunda parte de nuestro artículo 366 el Código Penal Argentino en el inciso segundo de la disposición citada aumenta también la pena. (Código Penal de la Nación. Décima Tercera Edición. AZ. Editor Sociedad Anónima. Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 33). Dice el señor Soler: “Esta infracción es típicamente protectora del bien jurídico de la libertad sexual y de la honestidad, en el concepto más genuino de esa palabra: se refiere no ya directamente al acto sexual en sí, sino a otros actos de naturaleza sexual distintos del acceso carnal mismo, e incluso al pudor”, “el abuso debe ser objetivamente deshonesto, sin constituir acceso carnal, es decir, ha de consistir en un acto que pueda llevar significación sexual”. Tampoco debe exigirse que la acción llegue al extremo de constituir desahogo sexual para el sujeto activo. El logro de esa finalidad y aún la existencia de esa finalidad es indiferente: puede tratarse tanto de un acto de satisfacción sexual como de mera excitación sexual, o sencillamente de una pura ofensa al pudor sexual de la víctima”. Finalmente expresa el concepto diciendo que “Los actos de abusos deshonestos deben consistir en acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizado sobre el cuerpo de otra persona”. (Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1951, Tomo III, págs. 386, 387 y 388). Etcheberry acepta expresamente esta posición (D.P. Ob. Cit. Tomo IV, pág. 66). Antonio Bascuñán Valdés, en su obra especializada al respecto, da el siguiente concepto: “que el delito de abusos deshonestos es aquel conjunto de actos de carácter sexual y de naturaleza impúdica, que excluyendo la conjunción carnal normal, se cometen sobre personas de uno u otro sexo en forma atentatoria”. (El Delito de Abusos Deshonestos. Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 56). Para terminar este acápite podemos sostener junto con toda la Doctrina Nacional, que el límite máximo del delito de abusos deshonestos es el acceso carnal, es decir, específicamente el delito de violación.

Que otro autor dice a este respecto que “la realización abusiva deberá determinarse acudiendo a las circunstancias que rodean el hecho. Aparece como de la esencia de los abusos deshonestos la existencia de una víctima contra la cual se abuse. Este delito defiende la libertad sexual y el pudor de la víctima”. Agrega que “siempre el acceso carnal normal, consentido o no está fuera del ámbito del abuso deshonesto”. (Gustavo Labatut Glenda. Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, 1983, Tomo II, págs. 144 y 145).

12.- Que, se ha sostenido que dentro de la clasificación de los delitos debe distinguir-

se los de resultado y los de mera actividad o formales. “Delito de mera actividad o formales son aquellos que se consumen con la estricta y sola realización de la acción en que consisten o por incurrir en la omisión respectiva. Tal sucede, entre otras hipótesis con el delito de abusos deshonestos (artículo 366)”. (Mario Garrido Montt. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Ed. Jurídica de Chile, 1992, pág. 252). Welzel también sostiene que el “resultado” de la dirección final puede agotarse en la simple actividad, como en las acciones deshonestas (*Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, pág. 29).

13.- Que en suma, relacionando las ideas expuestas en el fundamento anterior con los hechos cometidos por el encausado se concluye, una vez más, que el injusto típico que éste ha cometido debe encuadrarse típicamente en las disposiciones contenidas en el tantas veces citado artículo 366 del Código Penal, y dado que la víctima es una menor de doce años, la pena que le corresponde debe ser la agravada contenida en el precepto ya aludido.

14.- Que, es de toda evidencia que en relación con los hechos materia de esta investigación es necesario referirse a lo dispuesto en el artículo 362 del Código Penal que expresa “Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución”. Sobre esta disposición el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba ha dicho refiriéndose a la Comisión Redactora del Código Penal, que “la mala elección y o la elección inconsiderada de algunos modelos extraños, hace incurrir al Código en sinsentidos, que entrañan ingentes dificultades interpretativas, o en contrasentidos, que le hacen oponerse, en ciertos puntos a sus propias líneas directivas. Así, por ejemplo, se tradujo el artículo 374 del Código belga, que pasó a ser el 362 del chileno, sin reparar en que en aquél estaba situado entre los abusos deshonestos y la violación, y colocándolo en el segundo, a continuación de ésta, y, para más complicaciones, en plural, en un párrafo que se refiere a un solo delito, nada de lo cual posee sentido y todo ello ha producido vacilaciones de interpretación que muy hubieran podido ahorrarse” (*Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio Preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. EDEVAL, 1974. Estudio Preliminar, pág. XXX). El Profesor Rivacoba ha resumido espléndidamente en este sentido lo expuesto por la Doctrina Nacional (Etcheberry, Labatut, Bascuñán Valdés, Del Río, Pedro Javier Fernández).

15.- Que esta disposición del artículo 362 no puede aplicarse al caso a que se refiere esta causa, toda vez que para ello debe existir principio de ejecución de la violación, y en este delito el dolo es de “yacimiento”, cuya acción está contenida en el artículo 361, diciendo que “se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos” que indica. De análisis de los hechos aparece que la “intención” del sujeto activo en este caso no fue el yacimiento, sino solamente cometer actos invericundos, desvergonzados, que deberán ser reprochados a su autor en la forma que indica el artículo 366 del Código Penal. Si hubiere querido cometer la violación un hombre de 43 años de edad habría colocado a la menor de decúbito dorsal, sacándole totalmente los calzones, abriéndole las piernas, produciendo la introducción del miembro en la vagina, teniendo en consideración que la víctima del delito era una menor de escasos ocho años, existiendo en esta forma una evidente “intención” (dolo) de violación o principio de ejecución de ésta en el

caso de no haberse llegado a la consumación del delito. Recordando sobre este punto lo que se dijo anteriormente en el sentido que tanto la menor como el autor del desaguizado han dicho expresamente que la víctima fue colocada de lado, con sus calzones bajados sólo hasta las rodillas, por lo cual es imposible querer realizar la cópula. Además, todo esto ocurrió en muy escaso tiempo según las declaraciones antes aludidas.

16.- Que finalmente nos parece adecuado recordar lo que dice Etcheberry sobre esta materia: En suma, a nuestro parecer “el principio de ejecución” está constituido en la violación por aquellos actos que de una u otra manera directa e inequívoca tienden a la cópula, y por otra parte, desde que ellos se producen, ya el delito debe sancionarse como violación consumada. Esto pone de relieve la fundamental importancia del elemento subjetivo, ya que los actos constitutivos de “principio de ejecución” de la violación considerados intrínsecamente, en sí mismos, son sancionables a título de abusos deshonestos. Solamente el elemento subjetivo (si iban o no encaminados a la cópula) determinará si constituían una u otra cosa (con penalidad muy diferente). (Etcheberry, D.P., ob. cit. Tomo IV, pág. 62, en el mismo sentido: Miguel Schweitzer. “El principio de ejecución en los delitos de violación”. Revista de Ciencias Penales. 1945. Tomo VIII, pág. 25; Antonio Bascuñán. Ob. cit. pág. 82).

17.- Que, por lo demás, nuestra JURISPRUDENCIA ha aceptado plenamente los principios sustentados en las reflexiones anteriores de esta disidencia. Así la Excma. Corte Suprema, en fallo de 10 de septiembre de 1990, conociendo de un recurso de casación en el fondo ha sostenido: “El acto de tener a la mujer en el suelo, levantarle los vestidos, sacarle los calzones y cubrirla mientras ella forcejea para zafarse de la agresión, constituyen hechos directos destinados a consumir el coito forzado; pero no importan un principio de ejecución del delito si no se comprueba un comienzo de introducción del pene del varón en la vagina de la víctima. Si esta última circunstancia no aparece establecida en la sentencia, no pudo imponerse al reo la pena que corresponde al delito consumado de violación sin infringir el Nº 1 del inciso 2º del artículo 361 del Código Penal y los artículos 362, Nº 7 y 52 del mismo Código”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVII, 1990, Segunda Parte, Sección Cuarta, págs. 117 a 119).

Otra sentencia de la Excma. Corte Suprema expresa: “El reo tomó a la víctima, menor de doce años, por la fuerza, la condujo a una pieza interior, y allí, bajándole los calzones, frotó con su miembro la parte externa del órgano genital de su víctima hasta eyacular. El fallo afirma que estos hechos no constituyen violación, por no haber existido penetración, y que tampoco son tentativa del mismo delito, porque los actos que faltaron para complementar los realizados fueron completamente dependientes de la voluntad del agente, que tuvo amplia oportunidad para consumir su delito. En cambio, agrega, los hechos encuadran precisamente en el delito de abusos deshonestos del art. 366 del Código Penal, en forma agravada por la edad de la víctima” (Revista de Ciencias Penales. Tomo VII, pág. 346, Cit. por Etcheberry. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. ob. cit. Tomo III, pág. 218).

Otro fallo sostiene que “El informe médico legal que concluye que al examen de la menor presenta ésta “himen sin desgarró, equimosis de la vulva que puede corresponder a maniobras deshonestas o intento de violación. No hay lesiones extragenitales ni signos de desfloración”, unido a las afirmaciones de la víctima y un testigo, de que el reo intentó

introducirle el pene en la vagina y que se le efectuaron tocaciones en sus órganos genitales, originan antecedentes bastantes para dar por acreditado el cuerpo del delito de abusos deshonestos”. Termina sancionando el autor del delito por el artículo 366 del Código Penal. (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXIX, 1982, págs. 47 y 48).

Finalmente, citaremos otra sentencia que se refiere al caso de un jardinero que en casa de sus patronos atentó en contra de dos menores. Después de analizar la acción de yacer en la violación, expresa que “si en el caso no aparece comprobado en la forma inequívoca que la Ley requiere, que el criminal proceder del reo estuviere encaminado a yacer con las dos menores ofendidas, ni menos que tal propósito se consumara; antes, por el contrario, si las circunstancias demuestran que si tal hubiera sido su designio, amparado por la confianza que le dispensaban sus patronos y sus tiernas víctimas –7 y 8 años– podían oponerle, pudo, si tal hubiera sido su ánimo, violar sin esfuerzo a ambas menores”. Este fallo termina descartando el delito de violación y condenando, en definitiva, por abusos deshonestos conforme a lo previsto en el artículo 366 del Código Penal, haciendo un análisis del “verbo rector del tipo”, esto es, abusar deshonestamente, compuesto, como se puede observar, por un verbo propiamente tal y un adverbio. (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LX, 1963, Sección Cuarta, págs. 97 a 106).

18.- Que, tal como se dice en el considerando Séptimo de la sentencia en alzada benefician al procesado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal y que son las contempladas en el artículo 11 N<sup>os</sup> 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup>, esto es su irreprochable conducta anterior y haber procurado con celo reparar el mal causado. Con respecto a esta última minorante es de importancia tener presente lo que expresan los testigos que deponen a fs. 85 y 85 vta., en cuanto a la situación económica del encausado y su situación familiar, teniendo éste bajos ingresos mensuales, y estando privado de su libertad. Por tanto, las consignaciones efectuadas deben considerarse como configurantes de la atenuante antes indicada. Es del caso de tener en consideración que, por regla general los daños ocasionados por la comisión de un delito, en especial el de abusos deshonestos contra una menor, no pueden ser reparados en su totalidad. Para la configuración de la atenuante sólo se necesitan que el autor del delito “procure” reparar el mal.

19.- Que, el procesado deberá ser condenado a la pena que señala el artículo 366 del Código Penal, y agravada en la forma que indica en su parte final dicha disposición jurídica, es decir, estimando que concurre una circunstancia agravante del delito, por ser la víctima una menor de doce años, situación contemplada en el N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> del artículo 361 del Código Penal.

20.- Que, la pena que se aplicará es la de presidio menor en cualquiera de sus grados, y para su individualización deberá estarse a lo prevenido en el artículo 68 del Código Penal, existiendo para su regulación la concurrencia de dos circunstancias atenuantes y una agravante, las cuales deberán compensarse racionalmente para la aplicación de la pena, en la forma prevenida por el inciso final del artículo 68 ya citado y en el inciso final del artículo 67 del mismo cuerpo legal. En esta forma el hecho aparecerá revestido de una sola circunstancia atenuante de responsabilidad, por lo que la pena a aplicar no lo podrá ser en su grado máximo, de lo que se infiere que ésta deberá ser la de presidio menor en su grado mínimo a medio. Estima este disidente que la pena que debe aplicarse será la de tres años de presidio menor en su grado medio.

21.- Que, por lo expuesto el disidente concuerda con el informe de la fiscal de fs. 128 y adicionado a fs. 131, en el sentido de calificar el delito como de abusos deshonestos, contemplado en el artículo 366 del Código Penal, pero no concuerda con dicho dictamen en cuanto a la duración de la pena.

Por estas consideraciones, lo dictaminado por el Ministerio Público, y lo prevenido en los artículos 30, 366 del Código Penal, 456 bis y 514 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, escrita de fs. 120 a 124, con declaración que Carlos Iván Espinoza Jara queda condenado, en definitiva, a la pena de tres años de presidio y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, sirviéndole de abono el tiempo que ha estado privado de libertad, esto es, desde el cuatro de marzo de 1996 a la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia.

Que concurriendo en este caso los requisitos señalados en el artículo tercero de la Ley N° 18.216, se le remite condicionalmente la pena impuesta al encausado, estableciéndose como plazo de observación el de tres años, conforme a lo prevenido en el artículo cuarto de la Ley ya citada.

Redactó el fallo en mayoría la Ministro Señorita Isaura Esperanza Quintana Guerra y el voto el abogado integrante señor Julio Sáez Perry.

Regístrese y devuélvase

Rol N° 00974-97

## COMENTARIO

El fallo antes señalado fue recurrido de casación en el fondo por el Ministerio Público, quien en su informe había sido de parecer de calificar los hechos investigados, como constitutivos del delito de abusos deshonestos, tesis que siguió el voto disidente.

La Excma. Corte Suprema de Justicia desestimó tal recurso, señalando: “Que la sentencia recurrida ha efectuado una correcta asimilación de las normas jurídicas aplicables al caso, pues se trata de un atentado sexual en contra de una menor de edad que a la fecha de la agresión sólo tenía ocho años de edad y en que el hechor procedió a efectuarle tocaciones manuales libidinosas en sus piernas y genitales, procediendo a llevar su sexo viril en erección hasta el sexo de la niña, que sintió dolor, lo que prueba un intento de penetración vaginal, eyaculando en ella, lo que debe considerarse un principio de ejecución del delito, en los términos del artículo 362 del Código Penal, ya que, como se ha sostenido por un autor, existe el principio de ejecución en la violación “cuando se inicia o comienza el acto sexual”. (O. Romo P., Medicina legal, pág. 329)”.

El artículo 362 del Código Punitivo dispone: “Los delitos de que trata este párrafo, se consideran consumados desde que hay principio de ejecución”. Curiosamente, el único delito que contempla tal párrafo, es el de violación.

La disposición indicada presenta dos problemas fundamentales: a) Qué debe entenderse por “principio de ejecución”, y b) ¿Significa este artículo que en materia de violación desaparece la distinción entre tentativa, frustración y consumación?

Sobre el particular la doctrina ha sustentado dos posiciones:

I. El artículo 362 complementa al 361, por consiguiente, hay principio de ejecución cuando hay comienzo de intromisión del pene en la vagina, y en estas condiciones el delito se entiende consumado. Al margen de esta hipótesis, la violación, al igual que la generalidad de los delitos, admite los grados de tentativa y frustración, referidos a actos anteriores tendientes directamente a la cópula (En tal sentido, Del Río y Labatut).

II. El principio de ejecución en el delito de violación no es otra cosa que la tentativa del mismo delito, según se infiere de relacionar el artículo 362 con el artículo 7º, inciso 3º). Por tanto, “el principio de ejecución está constituido en la violación por aquellos actos que de una manera directa e inequívoca tienden a la cópula. Desde que ellos se producen, el delito debe sancionarse como consumado (Etcheberry, Schweitzer, Bascuñán, Fernández).

Nuestra jurisprudencia, desde hace ya largos años, se ha venido inclinando, sistemática y reiteradamente, por la primera posición, y una prueba de ello es el fallo en estudio.

Es más, ni siquiera el voto disidente controvierte lo que se expresa. La diferencia de opinión radica en otro aspecto, también de interés. El elemento material del delito de abusos deshonestos está constituido por todos los actos sexuales libidinosos, que se realicen sobre persona de uno u otro sexo, en la especie, una niña de ocho años de edad, con una excepción: la cópula normal. Importando este delito abuso de la actividad sexual, el límite de la acción lo encontramos en el hecho de yacer. Está constituido por actos sexuales impúdicos, excluyentes de la conjunción carnal normal, de que en forma atentatoria se hace víctima a otra persona. La extensión que se dé al concepto de acceso carnal es importante para la existencia de abusos deshonestos, ya que la existencia de éstos excluye al delito en comento. La acción en la violación está circunscrita al hecho de yacer, su campo es muy limitado; en cambio, la acción en los abusos deshonestos es amplísima. El problema de la distinción entre principio de ejecución de la violación y los abusos deshonestos hay que resolverlo acudiendo tanto al elemento material como al elemento subjetivo del delito. Para que exista violación, aun en grado de tentativa, se requiere, en primer término, intención de yacer. Pero, además, la intención del agente, para que haya violación, debe traducirse en actos externos que constituyan un principio de ejecución de la violación. La diferencia entre lo resuelto por el fallo y lo sostenido por el disidente y el Ministerio Público, radicó en el elemento subjetivo a que se ha hecho referencia. Para quienes conformaron la mayoría, el hechor tuvo la intención, el propósito de yacer. Para los otros, no existió dicho propósito. Es decir, únicamente se dieron apreciaciones diversas para la calificación de los mismos hechos. La Excma. Corte Suprema de Justicia, corroborando el establecimiento de lo que dice, consignó: “Estando el hecho en disposición y en condición de realizar la cópula o acto sexual completo no logró penetrar en el canal vaginal de la menor por desproporción en el tamaño de los genitales, sin perjuicio de frotar su miembro en la región perivulvar provocando una eyaculación que inundó con líquido seminal los órganos de la menor, su ropa interior, la

sábana de la cama donde se encontraba y el calzoncillo del autor, y de paso provocarle una irritación en la región, lo que prueba en todo caso, la intención de cometer violación”.

Tanto la sentencia de la I. Corte de Apelaciones, como el voto disidente de ella, hacen un estudio completo y acabado de los problemas a que se ha venido haciendo mención, radicando la diferencia de posiciones, como ya se ha dicho, únicamente en lo tocante al elemento subjetivo antes aludido, estimando frente a ello, por nuestra parte, que la tesis correcta es la expresada por el voto de la mayoría, que por lo demás fue ratificado por el Máximo Tribunal.

INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA  
USS