

COMENTARIO FALLO EJECUTORIADO DELITO DE VIOLACION DE AURORA DEL CARMEN JARA SIERRA

INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA DE LA FACULTAD DE DERECHO USS

Comentario al fallo de segunda instancia, redactado por el Sr. Ministro don Guillermo Silva Gundelach, de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol Nº 20929-99 y pronunciado por los abogados integrantes señores Julio Sáez Perry y Mario Romero Guggisberg y el que fue ordenado publicar.

1. La sentencia que comentaremos más adelante de fecha 13 de diciembre del 2000, analiza la nueva normativa del delito de violación, según la ley 19.617, del año 1999, y el que se mantiene en la antigua nomenclatura del título "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", Libro II Título VII del Código Penal (en adelante C.P.), y en especial el examen como se explicito en tal resolución de lo que debe entenderse "*cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima*". Nosotros creemos que se debió haber creado por la reforma a esta materia un nuevo epígrafe con el rotulo de Delitos o Agresiones Sexuales, separado en el cual se encasilló, ya que a la fecha hay una opinión prácticamente unánime que el bien jurídico tutelado en estos atentados sexuales es la libertad sexual, en orden a que nadie puede ser obligado a tener este tipo de relaciones, y por otra parte que cada persona puede tenerlas libremente con quien desee, como se ha hecho en los códigos penales, por vía de ejemplo y entre otros en el alemán, francés, peruano, colombiano, etc.

2. Sin pretender referirnos a todas las hipótesis de la violación y a su problemática jurídica, para la mejor ordenación de las ideas transcribiremos los preceptos legales al respecto. El artículo 361 del C.P. reza: "*La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.*"

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en algunos de los casos siguientes:

1° *Cuando se usa de fuerza o intimidación.*

2° *Cuando la víctima se haya privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.*

3° *Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.*

Por su parte el artículo 362 anota: "*El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal*

o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

3. Brevemente podemos concluir que conforme a la actual redacción legal, de” persona” puede ser sujeto activo o pasivo del ilícito tanto un hombre como una mujer, esto último bastante discutible no sólo desde el punto de vista jurídico sino también médico o biológico, lo que también ha sido controvertido en la doctrina extranjera. En efecto, si se señala por la ley “el que accede carnalmente” tiene que existir penetración natural, lo que no puede configurarse dada la morfología de los órganos sexuales femeninos. En el derecho comparado se homologa a la violación la introducción por los orificios indicado cuando ésta se hace mediante la utilización de instrumentos u objetos, o por medios artificiales. Otro aspecto relevante es la ampliación o extensión de las vías u orificios por las cuales se puede acceder carnalmente, lo que se traduce no sólo por vía vaginal, sino que anal o bucal. En cuanto al cauce bucal igualmente puede ser discutible, y puede ser técnicamente una conducta de abuso sexual, cuestión esta ajena a este estudio.

4. En cuanto al caso en comento, debemos detenernos –y tal como lo hace los falladores–, en orden a que la víctima de acuerdo a los informes médicos padece de una cierta patología siquiátrica conocida como “*retardo mental*”, en la línea de moderado, sin establecerse en la causa que la violación “*hubiere ocurrido durante alguno de los periodos psicóticos que acostumbra a presentar*”, terminología esta que se adecua a la figura alternativa copiada más arriba del numeral N° 3 del artículo 361 del Código Penal, vale decir cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima. Nosotros nos referiremos sólo a la primera parte de este artículo, toda vez que la última trata de los trastornos mentales transitorios, tales como los estados producidos por drogas, intoxicaciones, sueño, sonambulismo, hipnosis, etc., y que no constituyen desde el ángulo de la psiquiatría enfermedades mentales o psicosis propiamente tales, distinta alteración a las generadas por la oligofrenia, que es la materia en comento.

5. Sin perjuicio de las acertadas citas que hacen los sentenciadores de diversos autores, agregaremos que la penalista española Concha Carmona Salgado en un apartado del texto *Manual Derecho Penal Parte Especial 1. Delitos contra las personas; la libertad sexual, el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, dirigida por Manuel Cobo del Rosal, Editorial Revista del Derecho Privado Madrid, España, página 256, relativo al abuso, manifiesta: “*Por abuso debe entenderse el conocimiento por el sujeto activo de que la víctima se encuentra en esa situación de enajenación y el ulterior aprovechamiento de la misma, sabiendo que se haya incapacitada para comprender el significado y alcance del acceso carnal que con ella se pretende realizar; situación que supone una relación de superioridad o prevalimiento por parte de aquél respecto de esta última (Orts, de solución al posible mantenimiento de relaciones sexuales normales con personas enajenadas, es decir, que puedan ejercer su libertad sexual por conocer el alcance del acto que ejecutan y ser capaces de consentirlo válidamente, siempre, como es natural, que no exista el mencionado aprovechamiento; personas a las que, bajo la anterior normativa, la protección penal impedía mantener este tipo de relaciones, al sancionarlas en todo caso cfr. Ruiz Antón, González Rus, Orts, Bajo).*”

6. Atinente a este punto el profesor E. Orts Berenguer, en el texto *Derecho Penal*, Parte Especial, 3ra. Edición, Coordinador T.S. Vives Anton, Tirant lo Blanch, Valencia España, en relación con el artículo 429 del Código Penal Español o derogado precisa: *“abusar de la enajenación es usar mal, injustamente, aprovecharse de que alguien sufre una ‘enfermedad del espíritu’, que le incapacita para captar el significado y los alcances del acto de índole sexual que con él se ejecuta. Entraña, pues, este caso un prevalimiento, una explotación de la dolencia que aqueja al sujeto para utilizarle sexualmente, de alguna de las formas descritas en el artículo 429. Precisamente, esta exigencia es la que va a permitir al enajenado relacionarse sexualmente, sin riesgo de incurrir en responsabilidad criminal para su “partenaire”, salvo si conoce el estado de aquél y se prevale de ello. Estos dos datos –tener conocimiento de la enajenación del sujeto pasivo y aprovechamiento de la misma– constituyen requisitos indispensables para la aplicación del precepto, a la vez que ponen de relieve, implícitamente, que el sujeto activo, a consecuencia de tales requisitos quede en una posición de superioridad respecto del pasivo. De ahí que Berdugo haya dicho con razón que están excluidos del tipo los casos en que las condiciones del sujeto activo le impidan ocupar una posición de superioridad y aquellos otros en los que las condiciones del sujeto pasivo potencial imposibiliten que se pueda abusar de él.*

7. Ahora, en cuanto a la enajenación o trastorno mental que puede sufrir la víctima, nos conduce a una cuestión sumamente compleja, que escapa al Derecho Penal, y nos adentra en la Medicina Legal, en la rama de la Psiquiatría y particularmente en el hilo conductor de las enfermedades o patologías mentales. Reiteramos que de acuerdo a lo consignado en el proceso que la víctima doña Aurora del Carmen Jara Sierra padece de un retardo mental moderado, aunque pasa por estados psicóticos.

8. El retardo mental es una de las formas o niveles de la psicosis conocida como oligofrenias, que son estados morbosos o anómalos relativos a la inteligencia fundamentalmente y que, según el grado de desarrollo, puede perderse el juicio de realidad. Como veremos más adelante al respecto existen una serie de conceptos y definiciones. Sumariamente, la oligofrenia consiste en la detención del desarrollo de las facultades psíquicas no llegando a los campos de la normalidad y materializado en una insuficiencia congénita de las esferas intelectuales de la persona, y para otros el retraso o falta de desarrollo de la personalidad y vinculado al retraso intelectual.

9. El retardo mental significa una disminución o retraso del desarrollo intelectual normal de un sujeto de orden congénito, afectando gravemente la inteligencia, anomalía distinta de la demencia, ya que ésta, si bien es cierto, es un deterioro de las facultades intelectuales, se ha producido por el transcurso del tiempo. Nació con inteligencia normal y la pierde o muere sin ella, disminuida y empobrecida.

10. Desde el punto de vista netamente siquiátrico el autor Merani en su *Diccionario*, puntualiza en la página 105: *“retraso o insuficiencia en el desarrollo de las facultades intelectuales, que pone a los sujetos que lo sufren en estado de inferioridad más o menos grave en lo relativo con la adaptación a las exigencias de la vida y a las posibilidades de instrucción. Estas insuficiencias mentales también son designadas con el nombre de retraso mental”*. Salvat en su *Diccionario*, página 809 apunta: *“deficiencia o retraso mental. Insuficiencia congénita o*

de comienzo precoz del desarrollo intelectual. Comprende todos los grados de retraso mental, que en la terminología clásica son: debilidad mental, imbecilidad e idiocia”.

11. El profesor de siquiatría don Hernán Montenegro señala: *“Se entiende por Retraso o Retardo mental (R.M.) un estado de funcionamiento intelectual general bajo el promedio que se origina durante el período del desarrollo y se asocia a un menoscabo en la conducta adaptiva. Como puede apreciarse se trata de un fenómeno que debe ser considerado desde un punto de vista psicológico, fisiológico, médico, educacional y social.*

El término Retraso o Retardo mental ha terminado imponiéndose internacionalmente sobre los que históricamente se usaron para describir esta condición, tales como amencia, debilidad mental, deficiencia mental, idiocia, imbecilidad, oligofrenia, etc., analizaremos brevemente el significado de los conceptos empleados en la definición. El vocablo “retraso”, o “retardo”, se usa indistintamente en este trabajo, como así mismo en la literatura especializada”.

12. Para Ey y otros, en el texto Henri Ey P. Bernard-Ch.Brisset, *Tratado de Psiquiatría*, Octava Edición de la 5ta. edición francesa revisada y puesta al día, Tercera reimpresión, Masson, página 562: *“Los retrasos mentales (u oligofrenias) son insuficiencias congénitas (o en todo caso de comienzo muy precoz) del desarrollo de la inteligencia. Se oponen clásicamente a las demencias. Que son deterioros de una inteligencia que se había desarrollado normalmente. La noción de retraso supone, pues, la de una evolución progresiva del desarrollo de la inteligencia. Los estados de retraso corresponden a un enlentecimiento, después de una detención de esta evolución en un nivel más o menos deficitario, sin que la noción de edad mental implique, sin embargo, una correspondencia real con un niño de la misma edad. La noción del cociente intelectual (C.I. o relación entre la edad mental y la edad real multiplicada por 100), de donde difícilmente se puede pasar, no constituye más que un hito que no debe ser considerado nunca definitivo, ni siquiera, como veremos más adelante, como poseedor de un valor en sí”.*

13. En el caso de autos doña Aurora del Carmen Jara Sierra, y frente a los grados de la oligofrenia, no es la situación de una debilidad profunda con un bajo C.I. entre 20 y 50 ni en el retraso profundo cuyo C.I. está por debajo de 20 y que antes se denominaban la imbecilidad y la idiocia respectivamente, términos estos que se encontraban muy severos para catalogar a los enfermos.

14. Lo que estamos analizando se vincula a lo anterior en el sentido que si la víctima, no obstante padecer de un retraso mental moderado, habría sido o no violada (lo que no ocurrió en todo caso, durante algún estado psicótico que ella presenta), nos conduce a la interrogante, si ella prestó su voluntad, esto es, si hubo consentimiento para mantener una relación sexual con los encausados. En otras palabras, si no obstante existir la anomalía psiquiátrica de retardo mental, podía comprender y darse realmente cuenta del acto sexual que estaba realizando.

15. Concluyendo en esta parte y de acuerdo a las piezas referidas de la sentencia, la víctima comprendió cabalmente la naturaleza del acceso carnal o del coito, máxime si tenía experiencia sexual y su retraso o debilidad mental no le impedía ejercer su libertad sexual, vale decir, tener relaciones de ese tipo en forma libre, no forzada, lo que se tradu-

ce en su autodeterminación sexual, no existiendo por lo tanto el delito de violación y lo que determinó la absolución en definitiva de los procesados.

16. A continuación, y dada la importancia y novedad de este tema, transcribiremos parte de la sentencia de segunda instancia, haciendo presente que se han cambiado el número de los considerandos para este trabajo.

1. Que, el 12 de julio de 1997, individuos yacieron con Aurora del Carmen Jara Sierra, nacida el 28 de noviembre de 1965, la cual padece de un retardo mental moderado, presentando períodos psicóticos que han requerido hospitalización, que le impiden consentir válidamente una relación sexual.

2. Que, acreditado lo que precedentemente se ha anotado en este fallo, esto es, que los encausados Alarcón y Lozano yacieron con Aurora del Carmen Jara Sierra, quien padece de un retardo mental moderado, con períodos psicóticos que, según los especialistas consultados, le impiden consentir válidamente una relación sexual, corresponde determinar si en la especie se ha configurado o no el delito de violación que se atribuye a los aludidos Alarcón y Lozano.

3. Que, con anterioridad a la ley N° 19.317, de 12 de julio de 1999, el artículo 361 disponía que se cometía violación yaciendo con la mujer en alguno de los siguientes casos; “2º, Cuando la mujer se haya privada de razón... por cualquier causa”.

Ahora la ley ha reemplazado ese numeral 2º, y en su número 3º, indica que se comete violación “Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.

En el Diccionario de la Real Academia, abuso es “la acción y efecto de abusar”, y abusar es “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa”. En este caso el abuso comprenderá el aprovechamiento indebido de la situación de incapacidad de la víctima, sino también de su propia persona.

En la hipótesis en estudio, la ley ha perfeccionado la modalidad de ejecución del Código Penal reformado consistente en “encontrarse la víctima ‘privada de razón’ que implicaba en la práctica para la mujer que se encontraba en esa situación una especie de prohibición, a lo menos indirecta, para ejercer su sexualidad en forma compartida. El legislador teniendo presente lo anterior, y con el objeto de permitir al enajenado ejercer sus funciones sexuales y poder relacionarse íntimamente, sin riesgo que su pareja incurra en responsabilidad criminal, incorporó esta circunstancia del número tercero que tipifica un caso especial de prevalimiento, esto es, se exige ahora el abuso de la enajenación de la víctima por parte del hechor. Se requiere una explotación por parte de éste, de la dolencia o estado que aqueja al sujeto pasivo, para utilizarle sexualmente” (Juan Carlos Tobar Sala, *Violencia sexual*, Pehuén Editores, Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, pág. 34).

De lo dicho queda en claro, que será necesario para configurar la situación en análisis, respecto del sujeto activo, el conocimiento, por una parte, del estado de enajenación o trastorno mental en que se encuentra la víctima, y por otra parte, como elemento fundamental, que abuse o se aproveche de tales circunstancias para acceder carnalmente a ella. En otras palabras, será la existencia del elemento abuso, aprovechamiento o prevalimiento, lo que determinará si en las circunstan-

cias concretas el hechor actuó o no típicamente.

El autor don Juan Bustos Ramírez, en su obra *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2da. Edición, aumentada, corregida y puesta al día, pág. 117, mencionando una modificación pretérita del Código Penal Español, que disponía en el artículo 429 que se cometía violación cuando se tenía acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en alguno de los siguientes casos: 2º “Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación”, esto es, algo muy similar a nuestro actual Código Punitivo, exponía que ella ha puesto expresamente de relieve en el caso de la enajenación, la idea del prevalimiento, mediante la expresión de abuso. Añadía que se trataba de una modificación acertada, toda vez que no basta que la persona padezca una enfermedad mental, lo cual podría implicar negarle el derecho a tener relaciones sexuales, sino el abuso sobre la base de su enfermedad mental, con lo que se eliminaban las dudas existentes, anteriormente, en lo relativo a esto, debido a una consideración demasiado despersonalizada de la enfermedad que llevaba a estimar que siempre se daba violación en la relación sexual con un enfermo mental, con lo cual en definitiva se atentaba contra la dignidad de la persona del enfermo, lo que no obsta a considerar que toda la circunstancia está presidida por la idea del prevalimiento o abuso (hoy en día la disposición en comento no existe en el Código Penal Español, el cual contempla los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en los artículos 178 y siguientes).

Acerca de lo mismo, don Luis Rodríguez Collao, en su libro *Delitos sexuales*, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 193617 de 1999, pág. 156, dice que como el tipo exige un “abuso” de la situación en que se encuentra la víctima, los autores entienden que no basta con el hecho objetivo de la alteración de las facultades psíquicas, sino que debe producirse un aprovechamiento de esa situación, lo que conlleva que toda relación sexual que se tiene con una persona enajenada o trastornada mentalmente es ilícita: sólo lo será en caso de que el delincuente utilice en su favor la ventaja que le confiere la falta de lucidez de la víctima;

4. Que para resolver lo expresado, en el caso de análisis, conviene dejar anotado que de los antecedentes del proceso, como por ejemplo de los informes médicos de fs. 7 y 36; de la orden de averiguar de fs. 9, diligenciada a fs. 10 y siguientes; y de las declaraciones de diversas personas, además de las de los enjuiciados, se desprende que las tantas veces nombrada Aurora Jara Sierra, nacida como se dijo el 28 de noviembre de 1965, ha tenido desde hace largo tiempo actividad sexual, habiendo tenido relaciones sexuales con diversos sujetos, siendo habitual que ella misma buscara a los varones para hacerlo, generalmente muchachos jóvenes. Es más ella misma manifiesta en el careo con Alarcón, a fs. 24 vta. que este “no hizo nada que yo no quisiera”; y del careo con Lozano, a fs. 25, aparece que lo que realmente le molestó fue que le mordiera un pecho

Por otra parte, tampoco puede soslayarse, que conforme anotan los entendidos en la materia, personas que padecen de enfermedades como la de Aurora Jara, poseen un grado exacerbado de excitación sexual, lo que sin duda contribuyó al suceso investigado en los autos.

Menos aún puede pasarse por alto que, según los informes médicos, el retardo mental de la presunta ofendida es moderado, y que en la especie no se ha establecido que el hecho investigado hubiere ocurrido durante alguno de los períodos psicóticos que acostumbra presentar.

5. Que en atención a lo que se ha venido narrando, no cabe más que determinar que en el caso en estudio no se ha configurado la situación descrita por el legislador en el numerado 3º del actual artículo 361 del Código Penal, por lo que, los encartados Alarcón y Lozano no han cometido el delito de violación que se les atribuye, debiendo, por ende, ser absueltos de la acusación interpuesta en contra de ellos;

6. Que, en la especie, se han aplicado las nuevas normas contenidas en la Ley Nº 19.617, relativa a los delitos sexuales, por ser, como se ha visto, más beneficiosas para los procesados, acorde con lo prevenido en el artículo 18 del Código Punitivo.

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación copiaremos las disposiciones legales de éste delito en especial los párrafos, que señalan ,cuando la víctima padece de una anomalía mental, enajenación o trastorno mental y sobre las vías del acceso carnal..

1. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Artículo 178

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años.

Artículo 180

Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2ª. Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.

3ª. Cuando la víctima sea una persona totalmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

4ª. Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.

5ª. Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

2. CÓDIGO PENAL ALEMÁN

Artículo 177

I. Quién fuerce a una mujer al coito extramarital con él o con un tercero, con violencia o por medio de amenaza con un peligro presente para el cuerpo o la vida, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a dos años.

II. En casos de menor gravedad la pena será de privación de libertad de seis meses a cinco años.

III. Cuando el autor ocasione negligentemente la muerte de la víctima por medio del hecho, la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años.

Artículo 179

I. Quién, aprovechándose de la incapacidad para resistirse, realice actos sexuales extramaritales con quien

1. a causa de una perturbación mental enfermiza (psicopatía), de una profunda alteración de la conciencia o de imbecilidad o de alguna otra disfunción sea incapaz de resistir, o

2. sea físicamente incapaz de resistir.

O los permita realizar a la víctima con él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

II. Cuando el hecho sea cometido por medio de abuso de una mujer para el coito extramarital, la pena será de privación de libertad de uno a diez años. En casos de menor gravedad la pena será de privación de tres meses a cinco años.

3. CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

Artículo 156.- Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

1) Cuando la víctima fuere menor de doce años;

2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir;

3) Cuando se usare de violencia corporal o intimidación.

Artículo 157.- La prisión será de ocho a quince años cuando el autor fuere un ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano o se produjere la muerte de la ofendida”.

“Artículo 158.- La pena será de seis a doce años de prisión cuando con motivo de la violación resultare un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito fuere realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquélla o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos prevaliéndose de su condición. (Así interpretado por ley N° 5061 de 23 de agosto de 1972)”.

4. CÓDIGO PENAL DE ARGENTINA

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

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

5. CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL

“Artículo 201.- (Violación)

1. Quien tuviere cópula con una mujer, por medio de violencia, grave amenaza, o para tener la cópula la hubiere puesto inconsciente o en la imposibilidad de resistir, o aun, por los mismos medios, la obligare a tener cópula con un tercero, será penado con prisión de 2 a 8 años.

2. En la misma pena incurre quien, independientemente de los medios empleados, tenga cópula o acto análogo con menor de 12 años o favoreciere estos actos con un tercero.

3. En el caso del número 1 de este artículo, si la víctima mediante su comportamiento o por su especial relación con el agente, hubiese contribuido en forma sensible a la comisión del hecho, la pena será especialmente atenuada”.

“Artículo 202.- (Violación de mujer inconsciente).

1. Quien tuviere cópula con mujer inconsciente, incapaz de resistir físicamente o portadora de anomalía psíquica que le priva de la capacidad de apreciar el sentido moral de la cópula o de comportarse conforme a esa apreciación, o con mujer menor de 14 años, será penado con prisión de 2 a 5 años.

2. En la misma pena incurre quien, en las circunstancias descritas en el número anterior, obligare a la mujer a la cópula o favoreciere a éste con un tercero”.

“Artículo 203.- (Cópula mediante fraude).

Quien tuviere cópula con una mujer haciéndole suponer la existencia de matrimonio, o provocando o aprovechando un error de forma que la víctima considere la cópula como conyugal, será penado con prisión de 6 meses a 3 años”.

6. CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA

“Artículo 375. El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años.

La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito:

1º No tuviere doce años de edad.

2º O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor.

3º O que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable.

4º O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido”.

“Artículo 376.- Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los números 1º y 4º del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, la pena será de presidio de seis a doce años en el caso de la parte primera, y de cinco a diez años en los casos de los números 1º y 4º”.

7. CÓDIGO PENAL DE MÉXICO

“Artículo 262.- Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

“Artículo 265.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior .

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

“Artículo 266.- Se equipará y se sancionará con la misma pena.

1. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

2. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa que no pueda resistirlo; y

3. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

8. CÓDIGO PENAL DE CUBA

“Artículo 298.

1. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;
- b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

2. La sanción es de privación de libertad de siete a quince años:

- a) si el hecho se ejecuta con el concurso de dos o más personas;
- b) si el culpable, para facilitar la ejecución del hecho, se presenta vistiendo uniforme militar o aparentando ser funcionario público;
- c) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el mismo delito;

3. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años o muerte:

- a) si la víctima es una menor de 12 años de edad;
- b) si, como consecuencia del hecho, resultan lesiones o enfermedad graves.

9. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

“Artículo 299.- Acto sexual violento. El que ejecute en otra persona acto sexual diverso del acceso carnal, mediante violencia, incurrirá en prisión de uno a tres años”.

“Artículo 300.- Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que ejecute el acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual, incurra en prisión de dos a ocho años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de uno a tres años de prisión”.

“Artículo 301.- Acceso carnal mediante engaño. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno a cinco años”.

“Artículo 302.- Acto sexual mediante engaño. El que mediante engaño ejecuta en una persona mayor de catorce años y menor de diez y ocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis meses a un año”.

“Artículo 303.- Acceso carnal abusivo. El que accede carnalmente a persona menor de catorce años con su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a cinco años”.

10. CÓDIGO PENAL DE PARAGUAY

“Violación - Definición”

Artículo 314º.- Se comete en general violación, cuando se obliga a una persona a sufrir la cópula carnal contra su voluntad.

En particular la ley considera violación:

Fuerza o Intimidación

1º. Cuando se ha usado para la comisión del hecho, de fuerza o intimidación.

Privada de razón

2º. Cuando la víctima se haya encontrado privada de razón o sentido.

Enfermedad

3º. Cuando la ofendida por enfermedad u otros motivos análogos, se haya encontrado en la imposibilidad de defenderse u ofrecer resistencia”.

“Violación en particular

Artículo 315º.- La violación será castigada:

Menor de 11 años

1º. Con penitenciaría de ocho a doce años si se verifica en una menor de once años.

11 - 16 años

2º. Con penitenciaría de seis a diez años si se somete en una menor que haya cumplido once años y no pasa de diez y seis.

Mujer casada

3º. Con penitenciaría de cuatro a ocho años si se verifica en mujer casada.

Mujer Honesta

4º. Con penitenciaría de tres a seis años si se verifica en una mujer honesta y de buena fama.

Mujer Desflorada anteriormente

5º. Con penitenciaría de uno a tres años si se comete en una mujer soltera que ya ha tenido acceso carnal pero que no es prostituta.

Prostituida

6º. Con penitenciaría de tres meses a un año si se comete en prostituta, cualquiera que fuese su edad.

Muerte de la Violada

Si a consecuencia de la violación resultare la muerte de la ofendida, la pena será de doce a veinte años de penitenciaría”.

“Mismo sexo o vaso indebido

Artículo 316º. Las penas del artículo precedente son aplicables aún cuando el ayuntamiento carnal tenga lugar entre personas del mismo sexo o en vaso indebido”.

11. CÓDIGO PENAL DE PERU

Artículo 170. El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años”.

“*Artículo 171.* El que practica el acto sexual u otro análogo con una persona, después de haberla puesto con ese objeto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

“*Artículo 172.* El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

“*Artículo 173.* El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1.- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de 20 años ni mayor de 25 años.

2.- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de 15 años ni mayor de 20 años.

3.- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de 10 ni mayor de 15 años.

Si el a gente tuviere cualquier posición, cargo, o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será respectivamente no menor de 25 años ni mayor de 30 años, no menor de 20 ni mayor de 25 años y no menor de 15 ni mayor de 20 años para cada uno de los supuestos previstos en los incisos 1, 2, y 3 del párrafo anterior.

“*Artículo 174.* El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia, practica el acto sexual u otro análogo, con una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar, o que se halle detenida, reclusa o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación de dos a cuatro años, conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 3”.

12. CÓDIGO PENAL DE JAPON

“*Artículo 177.* Una persona, quien por medio de violencia o amenaza, obtiene conocimiento carnal de una persona hembra, de no menor de trece años de edad, será culpable de violación y será castigada con prisión con trabajo forzado por un período limitado de no menos de dos años. Los mismo se aplicará a una persona quien obtiene conocimiento carnal de una persona hembra menor de trece años de edad”.

“*Artículo 178.* Una persona, quien, por medio de aprovecharse de pérdida de conocimiento o inhabilidad para resistir, o por medio de causar la pérdida de conocimiento o inhabilidad para resistir, comete un acto indecente con u obtiene conocimiento carnal de otro, será tratado en la misma forma como estipulado en los dos artículos precedentes”.

13. CÓDIGO PENAL DE FRANCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 222-25. La violación será castigada con 30 años de reclusión criminal si provocó la muerte de la víctima”.

14. CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO

Artículo 99. Violación. (33.L.P.R.A. 4061).

Se impondrá pena de reclusión según se dispone más adelante a toda persona que tuviere acceso carnal con una mujer que no fuere la propia, en cualesquiera de las siguientes modalidades:

(a) Si la mujer fuera menor de 14 años.

(b) Si por enfermedad o defecto mental, temporal o permanente, estuviera incapacitada para consentir legalmente.

(c) Si la mujer ha sido compelida al acto mediante el empleo de fuerza física irresistible, o amenaza de grave e inmediato daño corporal, acompañada de la aparente aptitud para realizarla; o anulando o disminuyendo sustancialmente, sin su consentimiento, su capacidad de resistencia a través de medios hipnóticos, narcóticos, deprimentes o estimulantes o sustancias o medios similares.

(d) Si al tiempo de cometerse el acto, no tuviere ella conciencia de su naturaleza y esta circunstancia fuera conocida por el acusado.

(e) Si se sometiera a la creencia de que el acusado era su marido, debido a una treta, simulación u ocultación puesta en práctica por el acusado para inducirla a tal creencia.

La pena a imponerse por este delito excepto la modalidad del delito a que se refiere el inciso C de esta sección, será de reclusión por un término fijo de quince años (15) años.

De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de veinticinco (25) años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un mínimo de diez (10) años.

La pena a imponerse por la modalidad del delito a que se refiere el inciso © de esta sección, será de reclusión por un término fijo de treinta (30) años. De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de cincuenta (50) años; de mediar circunstancias atenuantes podrá ser reducida hasta un máximo de veinte (20) años.

Cuando la modalidad del delito descrito en el inciso © se cometiere mientras el autor del delito hubiere penetrado al hogar de la víctima, o a una casa o edificio residencial donde estuviere la víctima, o al patio, terreno o área de estacionamiento de éstos, la pena del delito será reclusión por un término fijo de sesenta (60) años.

De mediar circunstancias agravantes, la pena fija establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de noventa y nueve (99) años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un mínimo de cuarenta (40) años.

El tribunal podrá imponer la pena de restitución en adición a la pena de reclusión establecida en cualquiera de las modalidades anteriormente señaladas o ambas penas. (Enmendado en el 1977, ley 20; 1980, ley 6; 1980, ley 101; 1983, ley 56).

Artículo 100. Circunstancia esencial del delito. (33 L.P.R.A. Sec. 4062)

El delito de violación esencialmente consiste en el ultraje inferido a la persona y sentimiento de la mujer.

La emisión no es necesaria y cualquier penetración sexual por leve que fuere, bastará para consumir el delito.

15. CÓDIGO PENAL DE ECUADOR

Artículo 507. El atentado contra el pudor, cometido con violencias o amenazas en otra persona, será reprimido con reclusión menor de tres a seis años.

Se asimila al atentado con violencia el cometido en una persona que, por cualquier causa, permanente o transitoria, se hallare privada de la razón.

Si el atentado ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será condenado a reclusión mayor de cuatro a ocho años; y si fuere en un a persona menor de doce años, con reclusión mayor de ocho a doce años.

Artículo 512. (Reformado por el Art. 8 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII-98). Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años.
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
3. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

CONCLUSIONES

1.- Como lo hemos expuesto ut supra en todos los ordenamientos penales que hemos consultado hay una ampliación del sujeto activo, en orden a que ya no es exclusivamente un hombre o varón, sino que puede ser incluso la mujer, al señalarse el término “persona” y otros Códigos Penales explicitan además de que puede ser de “uno u otro sexo”.

2.- Extensión de los orificios para producir la penetración la que puede ser natural, o por medios o instrumentos artificiales, en el sentido que las vías para el acceso carnal, pueden ser anal, vaginal o bucal.

3.- Que la persona que padece de una anomalía mental, que no lo prive del juicio de realidad, tiene la libertad de poder mantener relaciones sexuales.

4.- Se comete violación cuando hay acceso carnal, con personas que sufren de patología mental grave que los prive de razón o de la capacidad de entender la naturaleza del acto que están realizando, pues tal enfermedad impide el juicio de realidad.

4.- Por otra parte, se castigará como autor del delito de violación, cuando el agente se aproveche, abuse o tenga conocimiento de la patología psicótica de la víctima, y si esto no se da en la especie, como sucedió en el juicio que comentamos, debe necesariamente dictarse sentencia absolutoria, en favor del procesado.