



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

Tesina correspondiente a la carrera de Derecho

Título: Tentativa y Frustración en el delito de Violación.

Autor: Claudio Villegas Bussenius

Profesor guía de la investigación: Gonzalo García Palominos

Santiago — abril de 2012

Dedicatoria

A mi pequeña pero gran familia, a mis amigas y amigos que siempre me han apoyado, y a la linda Secretaria de Finanzas del Centro de Estudiantes de Derecho 2012.

Agradecimientos

A mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, la cual ha sido un verdadero hogar por más de 5 años; y a la que espero retribuirle algún día todo lo que aprendí de y en ella.

Índice

I.- Resumen/Abstract.	6
II.- Introducción.	8
III.- El iter criminis.	10
1. Las diferentes etapas del delito.	10
2. La tentativa.	11
3. La frustración.	12
IV.- El fundamento de la punición de la tentativa y frustración.	12
1. Teoría objetiva.	12
2. Teoría subjetiva.	13
3. Teoría de la impresión (subjetiva-objetiva).	14
V.- Los delitos de de resultado versus los de mera actividad.	15
1. Los delitos de resultado	15
2. Los delitos de mera actividad.	16
3. El problema.	16
VII.- El delito de violación.	17
1. Definición.	17
2. Bien jurídico protegido.	18
3. La violación como delito de mera actividad.	19
4. La violación como delito de varios actos.	19
5. El acceso carnal.	21
6. Modalidades de ejecución:	21
6.1 Fuerza.	21
6.2 Intimidación.	22
6.3 Privación de sentido.	22
6.4 Incapacidad para oponer resistencia.	23
6.5 Abuso de enajenación o trastorno mental.	23
6.6 Minoría de edad.	23
7. Tipo subjetivo.	23
VIII.- El comienzo de ejecución de los delitos.	24
1. Teorías materiales.	24

2. Teoría escéptica.	25
3. Teorías subjetivas.	25
4. Teoría objetiva formal.	26
5. Teoría objetivo subjetiva o del plan del autor.	27
6. Teoría objetiva material.	27
7. Teoría de los actos intermedios.	28
8. Nuestra posición.	29
IX.- La tentativa en el delito de violación.	33
1. Tentativa en la violación propia	34
2. Tentativa en la violación impropia	36
X.- La frustración en el delito de violación.	36
XI.- La tentativa y frustración del delito de violación en los tribunales chilenos	39
XII.- Conclusiones.	43
XIII.- Biografía.	44
1. Bibliografía citada	44
2. Normas citadas	45
3. Jurisprudencia Citada	45

I.- Resumen

La punición de la tentativa y frustración, como modalidades imperfectas de comisión de un delito, están completamente aceptadas en la doctrina tanto nacional como internacional, transformándose en un verdadero dogma en el derecho penal.

Ahora, si bien para varios autores sólo se pueden admitir dichas comisiones en los delitos llamados "de resultado" como el homicidio, para otros además se podría también admitir la tentativa para los denominados delitos "de mera actividad" como lo es la violación, siendo los menos los que aceptan tanto la tentativa como la frustración en ambas clasificaciones de delitos.

A nuestro juicio esta última tesis es la correcta, o por lo menos lo es en el delito de violación, el cual es uno de los crímenes, lamentablemente, más comunes de la sociedad; en la medida que se acepte que la afectación de la libertad sexual y de la indemnidad sexual de las personas, los cuales son precisamente los bienes jurídicos protegidos por este delito, deben ser los parámetros para determinar el iter criminis recorrido por el sujeto activo, los cuales si bien son afectados finalmente con el acceso carnal, las conductas previas relacionadas íntimamente con este acceder también los puede violentar, lo que justificaría su sanción.

Palabras Clave: tentativa, frustración, delitos de mera actividad y de resultado, violación.

I. - Abstract

The punishment of the attempt and frustration, as imperfect ways to commit an offense, are completely accepted in the literature both nationally and internationally, becoming a true dogma in criminal law.

Now, although for several authors may be admitted in crimes such committees called "outcomes" such as murder, others also could also attempt to admit the so-called crimes "mere activity" such as rape, being least those who accept both the attempt and frustration in both classifications of crimes.

In our view this latter view is correct, or at least it is in the crime of rape, which is a crime, unfortunately, more common in society, to the extent it is accepted that the involvement of free sexual and sexual indemnity of people, which are precisely the legal rights protected by this crime, should be the parameters for determining the iter criminis tour of the active subject, which are affected but finally with the carnal, the previous behaviors closely related to this access may also violate, justifying its approval.

Keywords: attempts, frustration, crimes of mere activity and outcome, rape.

II.- Introducción

El derecho penal, como tantas otras ramas del derecho, tiene temas que distan lejos de ser pacíficos, los que son objeto de estudio para los penalistas, quienes mediante una serie de construcciones dogmáticas, buscan darles una respuesta definitiva; siendo el título de esta tesina un ejemplo de aquellos temas arduamente discutidos.

Si bien el castigo, o mejor dicho la punición, de la tentativa y frustración cómo comisiones imperfectas de un delito son completamente aceptadas por la doctrina, por muchos años sólo han sido reconocidas para los delitos llamados “de resultado”, negando dicha forma de actuación en los delitos denominados de “mera actividad” por su particular forma de ser descritos; clasificación a la que nos referiremos en páginas posteriores.

Pero esta negativa a aceptar la tentativa y frustración en los delitos de mera actividad ha ido cambiando con el transcurso del tiempo, pues este rechazo a aceptar ambas formas de comisión en este tipo de ilícitos se ha basado en teorías muy restrictivas que buscan determinar cuando estamos ante un acto preparatorio o de ejecución, (así, mientras los primeros son por regla general impunes, los segundos dan comienzo a la tentativa, y por lo tanto son punibles, cuestión que da a entender la importancia de su determinación) teorías que por su construcción, hoy por hoy ya no pueden entenderse como dominantes, sino todo lo contrario.

De esta forma, con la existencia de otras teorías que otorgan diversos criterios para determinar la frontera entre los actos preparatorios y los de ejecución, es posible argumentar la existencia de tentativa y frustración tanto en los delitos de resultado como los de mera actividad, siendo ejemplo de esta última categoría de ilícitos la violación.

Al ser este crimen uno de los más violentos para la sociedad y de forma lamentable, también uno de los más comunes, es que nos parece importante estudiarla y dejar en claro que el sujeto activo de este ilícito también puede realizarla en calidad de tentada o frustrada, y no, como antiguamente se hacía al estar en presencia de esta situación, reconducirlo necesariamente al delito de abusos sexuales para que la conducta del hechor no quedara impune, cuestión que a pesar de las buenas intenciones, no es más que una

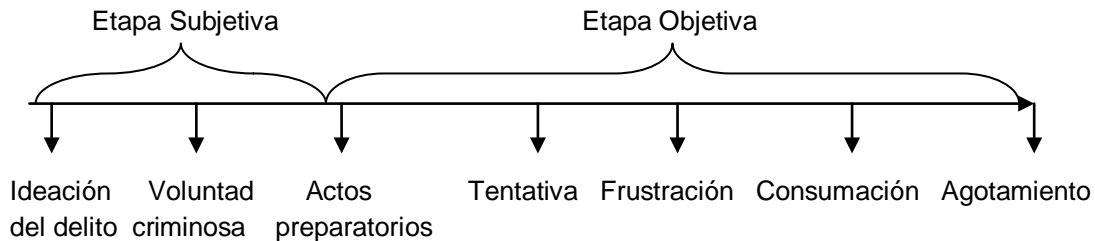
construcción jurídica artificial que deja de lado lo real de la situación que se está juzgando.

Así las cosas, lo que busca esta tesina es otorgar argumentos para que podamos entender que, gracias a la diversidad de teorías que hay respecto al tema, el que la violación sea un delito de mera actividad no implica que no permita ser de carácter tentado, y aún frustrado, lo que ambiciosamente pretende ser desarrollado, o más bien dicho, argumentado, en las próximas páginas.

III.- El iter criminis.

El iter criminis, o “camino del delito”, “corresponde al proceso de ejecución del delito, llamado así por los prácticos, que reconoce(n) distintas etapas o fases, (que van) desde la idea del delito hasta su agotamiento.”¹

1. Las diferentes etapas del delito



“En todo delito hay una fase interna y otra externa. La interna se desarrolla íntegramente en el interior del sujeto,”² y “va desde la ideación del ilícito hasta la resolución delictiva o voluntad criminosa”.³

Por otro lado, la fase externa “comienza con la manifestación exterior de la voluntad criminosa (actos preparatorios, tentativa o frustración) y culmina con la ejecución total de la conducta punible, su consumación, que puede llegar a su agotamiento. El agotamiento es posterior a la consumación y tiene que ver con la consecución de aquello que el agente se proponía con la realización del delito, si logró su finalidad, por ejemplo, aprovecharse de los efectos del ilícito.”⁴

“Ahora bien, el proceso descrito puede también verse interrumpido en cualquiera de sus distintas etapas, por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. Cuando eso ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado exteriormente de algún modo, (o sea, en la fase interna) la situación es irrelevante para el derecho, en virtud del principio, aceptado ya por los juristas romanos, de que *cogitationis poenam nemo patitur* (el puro pensamiento no es punible).⁵ “El derecho penal actual castiga conductas y no formas de pensar o modos de ser, (lo) que se

¹ Vargas (2010) p. 209.

² Bustos (2007) p. 664.

³ Vargas, (2010) p. 209.

⁴ Ídem. p. 209.

⁵ Cury, (1997) p. 184.

expresa en el “principio del hecho”, propio de un Derecho penal de hecho y no de autor.”⁶

En cambio, con la excepción de los actos preparatorios, que sólo son objeto de punición si así expresamente lo dispone la ley, y que consisten en los actos que realiza una persona con el fin de cometer un delito antes comenzar su ejecución propiamente tal, como lo es por ejemplo el ir a comprar a la tienda un cuchillo para matar a alguien, y los actos correspondientes a la etapa de agotamiento, los que por sí mismos no son castigados, sino que pueden influir en el juez al momento que tenga que determinar la pena final del sujeto objeto del proceso, cuando se interrumpe alguna de las partes que componen la faz objetiva, “ya sea cuando el sujeto emprende la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, o cuando, ejecutada toda la acción, no consigue ocasionar el resultado típico, se da lugar a una sanción penal.”⁷

Así entonces, la tentativa, la frustración y la consumación serían los hechos punitivos más relevantes de la fase objetiva para el derecho penal; y si entendemos la consumación como “la realización completa del hecho típico”⁸, sólo nos quedaría por determinar qué debemos entender por tentativa y por frustración.

2. La tentativa

“En nuestro país todavía se distinguen dos grados de ejecución imperfecta del delito: tentativa y frustración, que se castigan con distinta pena.

Los actos de ejecución comienzan con la tentativa”⁹, la cual se encuentra regulada en el artículo 7 de nuestro Código Penal, indicando que, “*hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*”. La tentativa entonces, supone el comienzo de ejecución de de algún crimen o simple por parte del sujeto activo, no admitiéndose su concurrencia, a contrario sensu, en las faltas, restándole todavía acciones por ejecutar para lograr la consumación del delito que pretende cometer.

⁶ Vargas (2010) p. 209.

⁷ Cury (1997) p. 184.

⁸ Ídem. Pág. 183.

⁹ Vargas (2010) p. 209.

3. La frustración

En rigor, no es más que una forma de tentativa, sólo que nuestro legislador decidió regularla de forma separada, aun cuando las dos comparten el mismo fundamento de punición; esto es, la no consumación del tipo penal correspondiente.

La frustración también está consagrada en el artículo 7 del Código Penal, indicándose que *“hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.”*¹⁰ En base a esta definición, podemos entender que un delito está frustrado cuando el sujeto activo realiza todas las conductas que deberían dar como resultado el tipo penal querido, pero que, por razones independientes de su voluntad, éste no se concreta.

Pues bien, ya que se han dado las presentes definiciones respecto a las formas imperfectas de cometer un delito, parece oportuno dar las razones del porqué de su punición, cuestión que se verá a continuación.

IV.- El fundamento de la punición de la tentativa y frustración.

Si bien hoy es un hecho cierto el aceptar que tanto la tentativa como la frustración son modalidades imperfectas de ejecución de un delito que merecen ser sancionadas, el porqué de esta aceptación se responde de diversas maneras según la teoría que se siga.

“Así, las opiniones acerca del fundamento de la punición de la tentativa (en sentido amplio, por lo que se incluye a la frustración al ser una modalidad de ella) se dividieron conforme a las perspectivas legitimantes del poder punitivo de los diferentes autores, dando lugar a tres variables: se sostuvo una teoría objetiva, otra subjetiva y una tercera denominada teoría de la impresión (subjetiva-objetiva).¹¹

1. Teoría objetiva

¹⁰ Código Penal chileno. Art. 7, inciso segundo.

¹¹ Zaffaroni (2010) p. 639.

“Según la teoría objetiva, muy difundida entre autores antiguos, la ley pena la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico.”¹² Así entonces, para esta teoría, “cuando el autor comete una tentativa de delito o un delito frustrado se hace merecedor de una pena, (...) porque sus actos ponen en peligro ex ante el bien jurídico protegido.”¹³

La consecuencia obvia que deriva de esta teoría, es que tanto la tentativa como la frustración “deben estar menos penados que la consumación del delito (...), ya que sólo ponen en peligro el bien jurídico pero no llegan a lesionarlo”¹⁴, y entre estas dos formas imperfectas de comisión, lógicamente, “la tentativa debe estar menos penada que la frustración (...), ya que aquélla está más alejada de la lesión del bien jurídico que ésta, y, por tanto, la tentativa es <<menos peligrosa>> para el bien jurídico protegido que la frustración;”¹⁵ cuestión que se refleja en nuestro Código Penal al rebajarse la pena total del delito que se presente en un grado si es frustrado, según lo dispone el artículo 51 al indicar que: “a los autores de crimen o simple delito frustrado (...), se impondrá la pena inmediatamente inferior en un grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito”, y en dos grados si es tentado, como lo señala el artículo 52 del mismo texto legal al establecer que: “a los autores de tentativa de crimen o simple delito, (...) se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.”

Además, son repercusiones de esta teoría, el que sólo se castiguen “determinados actos preparatorios, no en todos los casos, sino cuando así parezca claramente aconsejable desde la importancia del bien jurídico o por razones de política criminal”¹⁶, además de que, bajo su óptica, se rechaza “el castigo de la tentativa inidónea o delito imposible, ya que ésta no puede afectar en modo alguno al bien jurídico, no hay un desvalor de resultado.”¹⁷

2. Teoría Subjetiva

¹² Zaffaroni (2010) p. 639.

¹³ Gómez (1984) p. 247.

¹⁴ Ídem. p. 247.

¹⁵ Ídem. p. 248.

¹⁶ Bustos (2007) p. 665.

¹⁷ Ídem. p.665.

Esta teoría “funda la punibilidad de la tentativa en la voluntad del autor contraria a derecho. Sostiene que con la tentativa se quiere reprimir la voluntad criminal, desatendiéndose del problema del peligro para el bien jurídico y equiparando a aquélla con el delito consumado –por tratarse de idéntica voluntad criminal- con la consecuente paridad de penas o, como máximo, con atenuación facultativa de la pena.”¹⁸ Esta teoría, además, conduce “a una penalización general de los actos preparatorios, puesto que todos ellos implican ya la voluntad criminal”¹⁹, no teniendo, “por las mismas razones, sentido distinguir entre tentativa idónea o inidónea o tentativa de delito imposible.”²⁰

3. Teoría de la impresión (subjctiva-objetiva)

“En los últimos tiempos, (...) se ha difundido cada vez más una posición mixta, que tiene en cuenta aspectos objetivos y subjetivos para fundamentar la punición en el desarrollo del delito. Esta teoría parte de que es necesario que haya una voluntad realizada que implique una conmoción del bien jurídico o, por lo menos, de la colectividad o del ordenamiento jurídico en general.”²¹ Es por esta razón que se le denomina teoría de la impresión, ya que a pesar de que eventualmente el acto en que se manifiesta la voluntad criminal no tenga la aptitud de afectar el bien jurídico correspondiente, en la medida que pueda producir una conmoción en la confianza jurídica de los ciudadanos en el derecho, es merecedora de sanción.

En cuanto a las consecuencias prácticas de esta teoría, “respecto de la división entre consumación y tentativa en relación a la pena, tiende a no establecer diferencias (...). En cuanto a los actos preparatorios, tiende sólo a castigar algunos determinados, aunque en más casos que la tesis objetiva, ya que basta con el criterio de conmoción del ordenamiento jurídico (...). Por último, en relación a la tentativa de delito imposible, en cuanto es una exteriorización de la voluntad manifiesta y se conmueve al ordenamiento jurídico, se estima igualmente punible como la tentativa. Sólo se excluye la tentativa irreal o supersticiosa.”²²

¹⁸ Zaffaroni (2010) p. 639.

¹⁹ Bustos (2007) p. 665.

²⁰ Ídem. p. 665.

²¹ Ídem. p. 666.

²² Bustos (2007) p. 665.

Pues bien, y a modo de conclusión, podemos decir que estas son las teorías más relevantes para la doctrina que buscan fundamentar el porqué de la punición de la tentativa y frustración, teniendo cada una de ellas sus propias fortalezas y debilidades. Ahora bien, independientemente de la teoría por la cual uno desee adscribirse, lo relevante, y que tendrá relevancia páginas más adelante, es que hay que dejar en claro que estas teorías deben ser analizadas solamente para fundamentar el castigo de las modalidades imperfectas de ejecución de un delito, mas no como teorías que permitan determinar en qué momento podemos entender si un acto constituye tentativa o frustración, pues se trata de dos planos completamente diferentes: así, mientras las teorías recién presentadas buscan entregar argumentos para entender porqué una conducta que cumple parcialmente un tipo penal debe ser sancionada, son otras las teorías que buscan determinar cuándo, precisamente, comienzan a ejecutarse las acciones que ya implican un cumplimiento parcial del tipo.

V.- Los delitos de de resultado versus los de mera actividad.

La amplia gama de delitos existentes son divididos y subdivididos por la doctrina en distintas categorías, agrupando así a los que presentan las mismas características, rigiéndose cada grupo por un mismo conjunto de reglas que les son comunes. Pues bien, dentro de la amplia gama de clasificaciones que existen, una de las más conocidas es la que divide a los ilícitos entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, división que para nuestro estudio es muy relevante, pues en los primeros la aceptación de la tentativa y frustración es conteste, cuestión muy diferente a lo que ocurre con los segundos, siendo la violación, como se ha dicho, un ejemplo de esta última clase de delitos.

Ahora bien, esta “clasificación atiende a si el legislador describe sólo una actividad o conducta (delitos de mera actividad), o una actividad seguida de un resultado externo, (con) un efecto separable materialmente de ella (delitos de resultado).”²³

1. Los delitos de resultado

²³ Vargas (2010) p. 39.

Como ya se adelantó, los delitos de resultado son aquellos que exigen para su consumación, además de una determinada conducta, un resultado separado espacio temporalmente de ella, los cuales están unidos por un nexo de causalidad; siendo el ejemplo paradigmático de esta clase de delitos el de homicidio, “pues “matar a otro” exige una conducta apta para matar y un efecto sobre “otro”, el quitar su vida.”²⁴

2. Los delitos de mera actividad

“Son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente, sin que se requiera para ello la producción de un resultado material”²⁵, esto es, no “requieren de un resultado, entendido éste, como un cambio exterior en la realidad”²⁶, siendo un ejemplo clásico de esta forma de comisión de un delito, entre otros, y que interesa particularmente para este trabajo, la violación, pues, cuando el sujeto activo accede carnalmente a su víctima, con esta sola conducta, y en la medida que exista ausencia de consentimiento, ya está violando, sin exigirse ningún resultado externo.

3. El problema

La relevancia de esta clasificación para el objeto de nuestro estudio es que “mientras en los delitos de resultado se exige la causación de un resultado material, separable espacio-temporalmente de la acción, por lo que no habrá dificultades en admitir la presencia de una tentativa (o frustración), ya que puede haberse realizado esa acción típica sin que ese resultado haya llegado a producirse; (en cambio) en los delitos de actividad, al estar caracterizados estructuralmente por la mera realización de una acción, sin la necesidad de causación de un resultado material, la mera realización de la conducta implicaría por sí misma la consumación, por lo que sería imposible acotar una fase anterior a la misma.”²⁷

Entonces, tomando en cuenta lo que se acaba de exponer, ¿Es posible la tentativa, y todavía más, la frustración en un delito de mera actividad como lo es la violación? A pesar de lo que podría creerse en un primer momento en base a las definiciones antes dadas, la respuesta debe ser afirmativa, pero

²⁴ Vargas (2010) p. 39.

²⁵ Ramírez (2005) p. 134.

²⁶ Medina (2004) p. 177.

²⁷ Alcácer (2001) p. 94.

para poder construir dicha respuesta es necesario primero exponer las características del delito de violación, ya que permitirán comprender más adelante por qué permiten una modalidad tentada o frustrada.

VII.- El delito de violación.

Como se dijo anteriormente, el delito de violación es un delito de mera actividad, el cual se consuma cuando el sujeto activo accede carnalmente a su víctima con la ausencia del consentimiento de ésta, sin la necesidad de un resultado separado espacio temporalmente de dicha conducta.

Este delito es común en nuestra sociedad, cómo lo han dejado en claro diversos estudios, entre los cuales se encuentra el realizado el año 2010 por la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional de Chile, el cual concluyó que en nuestro país “un promedio de 17 personas son violadas diariamente”²⁸, lo que deja en claro la importancia y relevancia de estudiarlo.

1. Definición

El delito de violación, propiamente tal²⁹, está consagrado y definido en el Código Penal en sus artículos 361 y 362. En el artículo 361 está regulada la llamada “violación propia”, indicando dicho precepto legal que *“comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1º, cuando se usa fuerza o intimidación, 2º cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia, 3º, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”*

Por su parte, en el artículo 362 está definida la violación impropia, indicando que comete violación *“el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, (...) aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”*

²⁸ El Mostrador (2011) En Chile hay 17 violaciones y 34 abusos sexuales diarios según estudio. [en línea] <<[²⁹ Ya que tanto la violación entre cónyuges \(art. 369. Inc. 4\), como la violación agravada \(art.372 bis\) son modalidades en las que debe estar presente una violación, ya sea la del art. 361 en el caso de la violación entre cónyuges, ya sea la del art, 361 o 362 en la violación agravada.](http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/09/23/en-chile-hay-17-violaciones-y-34-abusos-sexuales-diarios-segun-estudio/>> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2012].</p></div><div data-bbox=)

A modo de resumen, podemos decir entonces que comete violación el que accede carnalmente a otro por vía vaginal, anal o bucal; si la víctima es mayor de catorce años, mediante las circunstancias descritas en el artículo 361 del Código Penal, las que implican ausencia de consentimiento, y si es menor de catorce años, por el sólo hecho de accederla carnalmente.

2. Bien jurídico protegido

Hoy por hoy, y sobre todo por la reforma efectuada por la Ley 19.617, la doctrina es más bien conteste en determinar que los bienes jurídicos protegidos por el delito de violación son la libertad sexual y la indemnidad sexual.

La libertad sexual es la “facultad de las personas para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro. Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo de esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente de los impúberes, lo que se protege no es tanto su libertad como su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad.”³⁰ En este último caso “lo que se compromete no es la libertad del niño materializada en una facultad actual, de ejercicio, sino el derecho que tiene ese niño a adquirir de manera normal y natural su libertad sexual, en base al proceso de desarrollo de su personalidad.”³¹

La importancia de determinar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el delito de violación, además de cumplir una función garantista, es porque son ellos los que finalmente deben ser usados como parámetros para saber si la conducta realizada por el sujeto activo efectivamente los afecta de forma parcial (lo que implica un castigo a título de tentativa o frustración) o completa (que conlleva un castigo a título de consumación), pues dicha afectación no está dada por el sólo hecho de que exista un acceso carnal vía vaginal, anal o bucal. Esto es así, pues dichos actos sexuales por sí mismos no son punibles, lo que implica que “la descripción del verbo rector no detenta el fundamento de la tipificación, a diferencia de la gran mayoría de los ilícitos tradicionales. Basta con revisar la configuración de la conducta homicida, o la de las lesiones, del secuestro, para constatarlo. En estos delitos (los llamados <<sexuales>>), (como la violación), el contenido básico

³⁰ Politoff *et al.* (2005) p. 246.

³¹ Maldonado (2003) p. 240.

sobre el cual se afirma la ilicitud está dado por las circunstancias que rodean a la ejecución de la conducta, en tanto reflejan la ausencia de libertad.”³²

Podemos decir entonces, que con el acceso carnal el sujeto activo culmina la afectación a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, pero esta afectación puede perfectamente principiar con otras conductas ligadas al acceso, como la fuerza o el abuso de la incapacidad de resistir del sujeto pasivo, conductas que en definitiva son las que le dan el carácter de ilícito a un acto sexual, lo que nos da algunas luces de que pueda existir una tentativa o frustración en el delito de violación.

3. La violación como delito de mera actividad.

Como se dijo anteriormente, la violación es considerada un delito de mera actividad, pues basta con que el acceso carnal se haya producido bajo alguna de las circunstancias exigidas por la ley para que se consume, sin necesidad de que se produzca un resultado separado de dicha conducta y unido por un nexo causal; y es precisamente, por pertenecer a esta clase de delitos, que no todos aceptan su forma tentada ni menos aún frustrada. Y si bien, se puede argumentar lo contrario desde esta misma vereda, lo que se verá más adelante cuando analicemos las teorías que buscan dar cuenta del principio de ejecución, no podemos dejar de lado que la violación es clasificada también como un delito de “varios actos”, lo que se complementa con el hecho de ser un ilícito de mera actividad, permitiéndonos reforzar nuestra tesis de que pueda admitirse su modalidad tentada o frustrada.

4. La violación como delito de varios actos.

La violación propia no es solo un delito de mera actividad, sino que también es un delito de varios actos, los cuales se caracterizan “porque el tipo legal establece la realización de varias acciones³³, lo que ocurre efectivamente en esta clase de violación, pues el acceso carnal debe ser realizado con fuerza, intimidación u otra de las causales del artículo 361.

“Lo característico de estos tipos delictivos es que unos actos típicos aparecen como medios para la realización de otros, por lo que estos últimos

³² Maldonado (2003) p. 238.

³³ Alcácer (2001) p. 83.

vendrán a poseer un carácter esencial -carácter de fin- respecto a los primeros, que poseerán sólo un carácter de medio y, por ello, secundario.”³⁴ Así, en el delito de violación propia, “puede distinguirse lo que puede llamarse un verbo recto, o nuclear, que viene a plasmar la afección plena al bien jurídico (que en este delito sería el acceso carnal) (...) de un verbo medial, que describe la acción, necesariamente previa en el tiempo, que opera como medio para llegar a la realización del segundo”³⁵, que en la violación propia sería la fuerza, la intimidación, o cualquiera de las otras causales del artículo 361 del Código Penal.

Respecto a la violación impropia, si bien no exige la realización de ninguna conducta además del acceso carnal, sino sólo que la víctima sea menor de 14 años, y por lo tanto, se trataría de una violación que no es de varios actos, hay que entender que serán varias las ocasiones³⁶ en que las relaciones sexuales que un sujeto activo tenga con un niño serán precedidas por las conductas de los verbos mediales de la violación impropia. Así, si bien la clasificación de “delito de varios actos” no sea la más correcta en la violación impropia, y por lo tanto, desde esta misma sede no se permita fundamentar una tentativa o frustración, los actos que se efectúen en los hechos, anteriores al acceso carnal, desde lo que creemos cómo comienzo de la ejecución de la violación si permitirían dichas formas de comisión, cuestión que será analizada en el capítulo correspondiente.

Volviendo a la violación propia, el acceso carnal entonces, constituye el verbo nuclear de este delito, toda vez que con su realización se consuma este ilícito, al afectarse de forma total su bien jurídico protegido. Pero para llegar al acceso carnal, es necesario realizar otras conductas que en definitiva le dan a este acceso el carácter de delito, pues representan situaciones en las que no existe consentimiento, que son los verbos mediales reconocidos por el mismo tipo penal, y que principian el delito de violación. Pues bien, la realización de estas conductas sin alcanzar el acceso carnal podrían perfectamente resultar en una tentativa o frustración, en la medida que se realicen efectivamente para lograr dicho acceso, tal como lo reconoce, repetimos, el mismo tipo pena. Es así como ya se esboza un

³⁴ Alcácer (2001) p. 83.

³⁵ Ídem. p. 84.

³⁶ No podemos decir siempre, pues serán otras tantas las veces en que el acceso carnal que un sujeto le realice un menor de 14 años será consentida por este último, si bien este consentimiento no sea válido para el derecho por el bien jurídico protegido en estos casos, que es la indemnidad sexual.

segundo argumento para permitir dichas formas de comisión imperfectas en la violación, lo que será reforzado más adelante; pero antes, es necesario culminar con la revisión de este ilícito para luego relacionarlo con las teorías que dan cuenta del comienzo de ejecución de un delito, y así dar una solución final.

5. El acceso carnal

El acceso carnal, refiriéndonos con ello al acceso del pene en la vagina, ano o boca de la víctima, constituye la conducta más gravosa del delito de violación, por lo que su realización implica a la vez su consumación, no importando, según la mayoría de la doctrina, el quantum dicho acceso: en la medida que se efectuó, se entenderá la violación como consumada (teoría de la “inmisio penis”).

El acceso carnal entonces, debe ser un elemento importantísimo al momento de querer determinar una tentativa o frustración, pues las acciones que se quieran determinar como tales tienen que estar ligadas a dicho acceso carnal, ya que analizadas de forma aislada en ningún caso pueden afectar los bienes jurídicos en juego, puesto que no habría claridad de cuál en definitiva será el bien lesionado. Así por ejemplo, el individuo que ejerce fuerza contra una mujer puede querer cometer el delito de violación, pero también puede querer realizar el de secuestro, lesiones, homicidio, etc. Por esto es necesario tener siempre como referencia al acceso carnal al momento de querer determinar una conducta como tentativa o frustración de una violación, pues sólo en la medida que esté ligada con ella es que tendrá la aptitud suficiente para lograr afectar la libertad o indemnidad sexual.

6. Modalidades de ejecución

Por otro lado, el sólo acceso carnal no fundamenta el delito de violación, pues, como antes se dijo, son las acciones de los verbos mediales del artículo 361 del Código Penal, o el ser menor de 14 años como lo establece el artículo 362 de dicho cuerpo legal, lo que implica que el acceso sea contrario a los bienes jurídicos que estas normas penales protegen. Analicemos cuales son ellas:

6.1 Fuerza

“Por fuerza se entiende la física, correspondiente a cualquier actividad material, que es ejercida sobre el cuerpo de la víctima para vencer su resistencia,”³⁷ así por ejemplo, cuando el sujeto activo toma a la mujer de los brazos y se abalanza sobre ella para poder accederla carnalmente.

“Lo básico en la fuerza es la falta de voluntad de la víctima y que el agresor actué por vías de hecho. La mayor o menor resistencia de la víctima o es elemento del tipo, porque éste no está construido sobre la base de la fuerza física de la víctima, sino del ejercicio de violencia por parte del agresor.”³⁸

6.2 Intimidación.

“Es la violencia moral o amenaza de un mal grave con que se logra el acceso carnal contra la voluntad del sujeto.”³⁹ Esta amenaza no puede ser cualquiera, sino que debe ser seria, verosímil, grave e inmediata. Que “sea seria, significa que exista y no sea dicha en broma, chanza o de cualquier otra forma que indica en quien la emite la falta de voluntad real para ejecutarla. (...) Que sea verosímil importa que, en el caso concreto, cualquier tercero situado en la posición de la víctima pueda dar por cierta la realización del mal amenazado, de no acceder al acceso carnal. (...) La gravedad de la amenaza se refiere, como bien señala Bustos, a la clase de mal con que se amenaza, en la medida que sólo una violación grave puede ser considerada en la violación. (...) Por último, la inmediatez de la amenaza se refiere al carácter actual o inminente del mal con que se amenaza, el que debe ser dirigido a personas presentes (...) y de la exigencia que se trate.”⁴⁰

6.3 Privación de sentido

“Consiste en un estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo. Son ejemplos el estar dormido, somnoliento, ebrio, intoxicado, etc.”⁴¹ Lo importante, “es que el sujeto activo conozca del

³⁷ Garrido (2007) p. 346.

³⁸ Politoff *et al.* (2005) p. 252.

³⁹ Ídem. p. 253.

⁴⁰ Ídem. pp. 253-255.

⁴¹ Politoff *et al.* (2005) p. 258.

especial estado de la víctima y se aproveche de él para obtener (el acceso carnal).”⁴²

6.4 Incapacidad para oponer resistencia.

Respecto “a la incapacidad de resistir, ésta ha de ser incapacidad de resistencia física,”⁴³ para oponerse al acto sexual, de la cual debe aprovecharse el sujeto activo para lograr el acceso carnal. Un ejemplo claro de este abuso es cuando el sujeto activo abusa de la indefensión física de una mujer parálitica para poder violarla.

6.5 Abuso de enajenación o trastorno mental.

Significa que “medie abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima para obtener su consentimiento. (...) Si el ofendido sufre una enfermedad mental, habrá violación sólo si el sujeto activo actúa sobre la base de esta circunstancia, aprovechándose de ella.”⁴⁴

6.6 Minoría de edad.

Si el acceso carnal es realizado a una víctima menor de 14 años, este hecho constituirá una violación, independientemente de si fue o no realizado bajo alguna de las modalidades analizadas anteriormente, e incluso, si dicho acceso fue consentido. Esto es así, pues el bien jurídico que protege a los menores de 14 años es el de indemnidad sexual, bien jurídico que busca proteger el libre desarrollo sexual del menor, al cual no se le considera por razones de su edad apto para consentir una relación sexual.

7. Tipo subjetivo.

“El delito de violación en cada una de sus formas comisivas requiere de dolo directo,”⁴⁵ “aunque sobre el conocimiento de las circunstancias fácticas del artículo 361 se puede admitir dolo eventual,”⁴⁶ excluyéndose sin excepciones alguna modalidad culposa.

⁴² Ídem. p. 257.

⁴³ Ídem. p. 258.

⁴⁴ Ídem. p. 259.

⁴⁵ Garrido (2007) p. 358.

⁴⁶ Politoff *et al.* (2005) p. 260.

Si bien el ánimo lascivo del sujeto activo es por regla general inherente a este ilícito, este ánimo no es necesario como elemento subjetivo adicional para perpetrar el delito, pues si el acceso carnal se realiza, por ejemplo, por deseos de venganza o humillación, estamos en presencia de una violación.

VIII.- El comienzo de ejecución de los delitos.

Determinar el comienzo de ejecución de un delito, es uno de los tantos problemas jurídicos que no tiene una solución única, ya que dicha respuesta dependerá de la teoría a la que uno adscriba. Pues bien, a continuación señalaremos las teorías más importantes que buscan otorgar criterios para establecer cuando las acciones de un sujeto no pueden entenderse como actos preparatorios, sino como comienzo de ejecución de un delito, para luego tomar partido por una y llevar dicha teoría al delito de violación.

1. Teorías materiales.

Estas teorías buscan fundamentar la diferenciación entre los actos preparatorios y de ejecución basándose en las mismas teorías que justifican el porqué deben ser castigadas la tentativa y frustración. Así por ejemplo, hay quienes argumentan que si los actos que un sujeto activo realiza constituyen un peligro para el bien jurídico respectivo, deben ser considerados como tentativa, mientras que las conductas que no sean peligrosas deben ser estimadas como meros actos preparatorios; a su vez hay otros que autores que señalan, basándose en la teoría de la impresión, que serán actos constitutivos de tentativa aquellos que impliquen una conmoción social, siendo actos preparatorios aquellos los que no lo sean.

Respecto a la idea de basarse netamente en estas teorías para lograr la diferenciación que se anda buscando, esta nos parece, tal como se explicó con anterioridad al tratarlas de manera más específica, que no debe ir al caso, pues una cosa es la fundamentación de la punición de la tentativa y otra su diferenciación con los actos preparatorios. Así, como lo indica el autor español, Rafael Alcácer “la delimitación entre preparación y ejecución debe vincularse a la descripción de la concreta conducta típica. (...) Por ello, dado que ha de partirse de la descripción formalizada de un hecho típico, el criterio a aplicar debe poseer carácter – al menos en algún sentido- formal, dirigido

en primer lugar a subsumir la conducta en esa descripción a un nivel semántico. Así por ejemplo, cuando la acción a considerar puede entenderse como “matar”, “estafar”, “robar”, etc. Por ello, aquellas concepciones que parten directamente del criterio de punición, es decir, de la cualidad que hace merecedora la pena a la acción, no pueden ser susceptibles de establecer esa diferenciación, puesto que no van dirigidas directamente a ponderar esa subsunción formal, a determinar lo característico de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Así, (...) ya actos preparatorios pueden conllevar un peligro para el bien jurídico, o ser susceptibles de generar esa conmoción social.”⁴⁷

2. Teoría escéptica

Hay autores que sostienen que no es posible determinar el comienzo de ejecución de los delitos en un nivel abstracto, sino que es necesario analizar cada caso en particular según el tipo penal concreto de que se trate; entregándole dicha tarea al juez penal de una manera discrecional.

Las críticas a esta teoría no son menores, pues eleva de forma inmensa el nivel de casuismo para determinar si nos encontramos frente a una tentativa o acto preparatorio, ya que el hecho de que sea el juez quien delimite el límite entre estas dos figuras, “equivale a entregar la designación de los límites del tipo a la jurisprudencia y llegar, así, “a una justicia de gabinete”.”⁴⁸

3. Teoría subjetiva

Existe un grupo de autores para los cuales no es posible distinguir entre los actos preparatorios de los que implican tentativa. “Estiman, en efecto, que el injusto se agota en cualquier exteriorización de una voluntad mala que se orienta a la ejecución de una acción reprobada por el derecho o la obtención de un resultado jurídicamente lesivo.”⁴⁹

Esta teoría “pone el acento en la intención del sujeto, no por tanto en el bien jurídico o el contenido de la norma. (Es por esto que) con este criterio, se amplía enormemente el campo de los actos ejecutivos; además, vulnera toda

⁴⁷ Alcácer (2001) pp. 40-41.

⁴⁸ Cury (1997) p. 190.

⁴⁹ Cury (1997) p. 194.

garantía al ciudadano, pues (...) tendrá que ser el juez que determine, arbitrariamente, según los antecedentes personales del sujeto (...), si ese acto realmente exterioriza la voluntad criminal del sujeto. La punibilidad se fundamentará, por tanto, sobre posibles representaciones del sujeto y no sobre un hecho concreto, como lo exige un Derecho Penal de un Estado de Derecho.”⁵⁰

4. Teoría objetivo formal

Esta teoría, cuyo principal expositor es Von Beling, “recurre al tipo legal señalando que sólo es acto ejecutivo aquel que cumple con el comportamiento exigido por el tipo legal, en definitiva, con lo que Beling denominaba verbo rector.”⁵¹

Así entonces, “sólo serían actos de tentativa aquellos que realizaran la acción descrita en el tipo, cuando la conducta del autor pueda conjugarse conforme al verbo típico. Inversamente, todos aquellos actos que queden fuera del sentido del verbo típico, serán considerados como actos preparatorios. Así, no estaremos ante una conducta típica y, por tanto, de tentativa, hasta que la acción del autor no pueda entenderse como matar, como robar o como estafar, por ejemplo.”⁵²

Las críticas a esta teoría, son diversas. Así, por un lado, “aquellos que piensan que el verbo rector o la acción descrita por el tipo penal es lo que precisaría la noción de acto ejecutivo, restringen marcadamente la esfera de la tentativa, a tal extremo de que sería casi la excepción calificarse como tentativa de delito un acto no consumativo.”⁵³

Así por ejemplo, en el caso de la violación, al ser esta un delito de mera actividad, según esta teoría sería impensado aceptarla de forma tentada, ni mucho menos frustrada, pues si el sujeto activo realiza efectivamente la conducta de acceso carnal en la víctima, la cual resulta ser el verbo rector de este ilícito, independientemente de grado de penetración efectuado, esta acción constituye ya su consumación.

⁵⁰ Bustos (2007) p. 671.

⁵¹ Ídem. p. 671.

⁵² Alcácer (2001) p. 51.

⁵³ Garrido (2007) p. 82.

Por otro lado; “resulta insuficiente para ejercer la defensa jurídico-penal de los bienes jurídicos, porque en muchos casos dicha defensa exige que los tipos penales se consideren empezados a ejecutar por el autor, aunque en sentido estricto éste no haya empezado a realizar el verbo típico.”⁵⁴. Lo que ocurre en el delito de violación, y como se ha indicado antes, es que el acceso carnal resulta ser el grado de afectación último de una libertad sexual que ya se ve alterada por la fuerza o intimidación que un sujeto realiza con la víctima, en la medida que entendamos que este delito no se construye solamente en torno al acceso carnal, sino que son las actitudes previas que lo transforman en definitiva en un delito.

5. Teoría objetivo subjetiva o del plan del autor.

Es obvio que la ley no puede describir todas las conductas posibles que permitan realizar un tipo penal. “El tipo, en consecuencia, se limita a presentar un esquema de conducta que, en la práctica, puede adoptar modos de realización dispares, cada uno de los cuales, sin embargo, satisface los rasgos generales contemplados por él. Resulta entonces que el contenido ejecutivo de los tipos es muy variable y depende de la forma en que el sujeto se haya propuesto consumir. Así, lo que los determina para cada caso concreto es el plan individual del autor. La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo”.⁵⁵

De esta forma, de todas las acciones realizadas por un sujeto, sólo serán calificados como actos ejecutivos, y por lo tanto, dan comienzo a una tentativa, “aquellos que conforme al plan del autor significan ponerse de inmediato o directamente a la realización del hecho delictivo.”⁵⁶

6. Teoría objetiva material

Esta teoría, también llamada “formula de Frank”, reconoce que la realización del verbo típico de un delito implica tentativa, pero también “incluye en (ella) las acciones que, por su vinculación necesaria con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción.”⁵⁷

⁵⁴ Gómez (1984) p. 263.

⁵⁵ Cury (1997) p. 195.

⁵⁶ Bustos (2007) p. 671.

⁵⁷ Zaffaroni (2010) p. 647.

“Pero el complemento “natural” a que se acude con más frecuencia es el peligro. Los actos integran el hecho típico y son, por lo tanto, ejecutivos si han creado ya un peligro para el bien jurídicamente protegido.”⁵⁸ Ahora, “si bien esta posición no peca de restricción, no obstante, tiene el defecto clásico de su indeterminación en la amplitud, es decir, ¿Qué ha de estimarse ya un peligro para el bien jurídico?”⁵⁹

7. Teoría de los actos intermedios.

Parte del mismo presupuesto de la teoría anterior, al considerar que pueden considerarse cómo conductas tentadas no sólo aquellas que efectúan parcialmente el verbo rector de un tipo penal, sino que también aquellas acciones que preceden al comienzo de ejecución del verbo típico.

La teoría de los actos intermedios exige dos requisitos para considerar que una conducta está en estado de tentativa. El primero es “una inmediatez en la acción: que entre el acto a enjuiciar y la acción que realizaría el verbo típico de la Parte Especial no sean necesarios actos intermedios (o bien actos intermedios esenciales), de forma que la acción pueda arribar en la realización propiamente típica sin interrupciones ni obstáculos. (El segundo es), una inmediatez temporal entre ambos momentos citados.”⁶⁰

Respecto al primer requisito, esto es, una inmediatez de la acción consistente en la ausencia de actos intermedios esenciales entre la conducta realizada por el sujeto y descrita en el tipo penal, hay autores que la critican dicho requisito, pues consideran que la expresión “acto intermedio” es demasiado vaga, ya indican que las acciones pueden ser fraccionadas infinitamente, encontrándose siempre un acto intermedio entre una acción y otra. Al respecto los autores que defienden esta postura sostienen que “esas críticas parten de una errónea comprensión de esa ausencia de actos intermedios, la cual nada tiene que ver con un “Derecho penal de la lupa” (zeitlupen.- strafrecht), (en relación a esto, es el mismo Roxin, crítico de esta postura, quien señala que pensar así) “contradice la esencia de las relaciones de sentido jurídicas”. (...) La acción (entonces) debe contemplarse

⁵⁸ Cury (1997) p. 191.

⁵⁹ Bustos (2007) p. 671.

⁶⁰ Alcácer (2001) p. 70.

en su totalidad, de manera que lo que será preciso es hallar una vinculación entre el acto en cuestión y la acción que realiza el verbo típico, una unidad de acción.”⁶¹

En cuanto al segundo requisito, referido a la inmediatez temporal entre el acto realizado por el sujeto activo y la conducta descrita por el tipo, su utilidad puede verse en dos ámbitos. El primero, es que “servirá para definir la misma noción de acto intermedio esencial. Ya mencionamos que ello no debe establecerse a partir de una segmentación mecanicista en distintos actos corporales, sino que lo relevante será determinar si entre el último acto realizado y la realización del verbo típico se da una unidad de sentido tal que puede afirmarse la existencia de una indisoluble unidad de ataque. Pues bien, lo que vendrá a otorgar esa unidad de sentido en muchas ocasiones será precisamente la estrecha vinculación temporal existente entre ambos.”⁶²

El segundo ámbito en que este criterio toma relevancia, es que en los casos que medie una distancia temporal relevante entre el acto realizado por el autor y el acto consumativo, la “ausencia de inmediatez temporal viene a quebrar la “unidad de ataque” (que se exige)”⁶³, restringiendo la punición a título de tentativa, lo que es acorde a las ideas de un derecho penal mínimo.

8. Nuestra posición

Una vez vistas las posiciones más importantes que buscan dar cuenta de cuándo estamos ante un acto de tentativa o preparatorio es que podemos indicar nuestra posición respecto al tema.

Tanto en la tentativa como en la frustración, se produce una disparidad entre lo que ocurre en el mundo de los hechos y lo que sucede en la mente del sujeto activo, ya que objetivamente la conducta realizada no concuerda con lo que ideó la persona que la ejecutó, pues no pudo ser realizada completamente. Es por esto que aquellas teorías que se basan netamente, ya sea en elementos subjetivos u objetivos para determinar la tentativa de una acción, no pueden dar cuenta total del problema, pues dejan de lado uno u otro elemento: lo que ocurre en la realidad o lo que quería realizar el sujeto,

⁶¹ Alcácer (2001) pp. 71-72.

⁶² Ídem. pp. 72-73.

⁶³ Ídem. Pág. 79.

constelaciones que en conjunto forman parte de la tentativa y frustración. Es por esta razón que creemos que la mejor teoría para determinar el comienzo de ejecución será aquella que pueda recoger elementos objetivos corregidos por elementos subjetivos, reconociendo así que ambas constelaciones son constituyen los elementos de la tentativa.

En cuanto al lado objetivo, creemos que la teoría más sustentable es la de los actos intermedios, pues reconoce que son múltiples las acciones que pueden afectar el bien jurídico en juego en un determinado delito, las que no necesariamente se corresponden con principiar la acción del verbo rector de un tipo penal, sino que ello también puede darse con conductas anteriores, pero no con cualquier clase de conducta; sino que con aquellas que necesariamente están relacionadas con el verbo típico de forma necesaria, que no es lo mismo que natural. Respecto a esto último, no podemos indicar que entre la conducta efectuada por un sujeto activo y la descrita en el tipo penal existe una especie de “nexo natural”, tal como lo reconoce la “fórmula de Frank”, pues este nexo se basa en el peligro que existe para el bien jurídico por la conducta en definitiva realizada, lo que puede ampliar el demasía las acciones que puedan entenderse como tentadas.

Pero este elemento no debe ser dejado totalmente de lado, pues el criterio de “peligro” si nos sirve como una parámetro final que siempre debe estar presente en todo acto que se considere como tentado, pues si bien, aún cuando entre una conducta efectuada y la del verbo típico no exista un acto intermedio esencial, siempre a la luz del criterio subjetivo que analizaremos más adelante, si esta conducta no conlleva ningún peligro para el bien jurídico, no puede entenderse como tentada sino como un mero acto preparatorio ya que el fundamento mismo de la punición de la tentativa es precisamente la puesta en peligro que se hace a un bien jurídico.

Ahora, ¿Es posible aceptar la teoría de los actos intermedios en nuestra legislación? La respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa, si atendemos a las definiciones de tentativa y frustración en nuestro Código Penal. Así, refiriéndonos primero a la tentativa, recordemos que nuestro texto legal se refiere a ella *“cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”*

Esta definición se refiere a que hay tentativa cuando se da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, hechos que de ninguna forma pueden entenderse restringidos solamente a aquellos consagrados como verbos típicos de los determinados delitos. No, lo que se exige en definitiva es que las conductas realizadas para ser consideradas como tentativa deben tener una relación directa con el tipo a aplicar, relación que será directa ya sea por la realización parcial del verbo típico, o porque entre el acto realizado y el del verbo nuclear no existen eslabones necesarios que interrumpen su nexo.

En cuanto a la frustración, recordemos que el Código Penal se refiere que existe un *“crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.”* Esta definición refuerza nuestra tesis de que la teoría de los actos intermedios es perfectamente viable en nuestra legislación.

Cronológicamente, la frustración viene después de la tentativa, lo que es reconocido al indicarse que ella se presenta cuando el delincuente ya puso de su parte todo lo necesario para que el delito respectivo se consume. Respecto a esta frase, hay que entender que cuando el delincuente puso *“todo lo necesario para que el delito se consume”*, dicha situación no sólo se presenta porque el sujeto activo completó la conducta descrita en el tipo y se está a la espera de un resultado ajeno a ella, cuestión que ocurre en los delitos de resultado, sino puede darse también porque el sujeto efectuó una última conducta necesaria para realizar el verbo típico, la cual describe una mera acción pero que a su vez implica su consumación, lo que ocurre precisamente en los delitos de mera actividad como la violación, pero que no pudo efectuarse por *“razones ajenas a su voluntad”*, lo que implica, al igual que la tentativa, la interrupción del nexo entre las conducta realizada por un sujeto y la reconocida como verbo rector de algún tipo penal.

Ahora bien, estas definiciones no pueden ser analizadas en abstracto, sino que deben ser analizadas a la luz del delito de violación, el cual, al ser un delito de mera actividad, por su naturaleza generará una matización en la teoría de los actos intermedios. Recordemos que un acto va a ser catalogado como tentativa si faltan algunos hechos directos para poder llegar a la consumación de algún delito, mientras que será determinado como frustrado

si las conductas necesarias ya están realizadas y sólo falta un resultado. En razón de esto, podemos decir que, y por el hecho de que la violación es un delito de mera actividad, que, si entre los actos necesarios y el verbo típico se necesita de otros actos intermedios, pero en la medida que de todas formas dicha conducta implica una inmediatez temporal para llegar al verbo nuclear, en el sentido que se trate de una conducta dirigida directamente al acceso carnal, aunque no sea de forma inmediata, éste acto constituirá tentativa, pues como lo indica la definición legal, faltan actos directos para lograr la consumación. Si no lo entendiéramos así, en esta clase de delitos las conductas sólo podrían catalogarse como frustradas o consumadas, pues si lo que se necesita es que entre el acto realizado y el del verbo típico no se necesiten de actos intermedios, en la medida que con la conducta del verbo nuclear se consuma el tipo penal, dicha conducta no sería nunca tentada sino frustrada, puesto que para la tentativa se necesita de otros actos directos.

Por otra parte, y como con la realización del acceso carnal se produce al mismo tiempo la consumación, es que debemos entender que, si en entre la realización de la acción, que en ese momento por una cuestión cronológica ya debe a lo menos ser tentada, y el acceso carnal no es necesario ningún otro acto más que el hecho de que físicamente el sujeto activo se acerque a la víctima para poder penetrarla, siendo este acto impedido por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del hechor, como por ejemplo lo es la resistencia de la víctima, es que debemos entender esta conducta como frustrada, ya que, como lo indica nuestra regulación, el sujeto puso todo de su parte para lograr cometer plenamente el delito pero esto no lo pudo lograr debido a circunstancias que escaparon de su control; así, el delito no lo pudo consumir, ya sea porque no se dio el resultado exigido en los delitos de resultado, o porque, en los delitos de mera actividad, no se pudo efectuar la conducta necesaria para consumir el ilícito.

Recapitulemos entonces; si bien la teoría de los actos intermedios es la tesis más correcta para nosotros, en los delitos de mera actividad debe ser matizada en el siguiente sentido: si entre la conducta efectuada por el autor y el acceso carnal hay una relación funcional directa, en un sentido temporal, pero necesita de otros actos para poder efectuar dicho acceso, nos encontraremos ante una violación tentada. Por otra parte, si entre la conducta realizada por el sujeto activo y el acceso carnal no es necesario

ninguna otra conducta más que dicho acceso carnal, por lo que podemos hablar de inmediatez tanto temporal como de acción, nos encontraremos ante una violación frustrada.

Como podemos ver, la teoría de los actos intermedios, con sus requisitos de inmediatez en la acción y temporal, su matización en los delitos de mera actividad, más el parámetro final de “peligrosidad” que debe siempre estar presente, nos permiten satisfacer el lado objetivo de la tentativa. Ahora bien, como se dijo con anterioridad, no podemos dejar de lado el elemento subjetivo que siempre está presente tanto en la tentativa como en la frustración, para lo cual nos parece como la más completa aplicar la del “plan del autor”.

Así, al momento de analizar los hechos realizados por el sujeto activo, es importante tomar en cuenta cual era la importancia de ellos para el autor en su plan, pues así podremos determinar de forma más certera la inmediatez de la acción y temporal que se exige en la teoría de los actos intermedios.

Pero es importante de recalcar lo siguiente: tomar en cuenta el plan del autor “no implica fundamentar la delimitación entre actos preparatorios y de ejecutivos en la exclusiva representación del autor, sino que, a partir del mismo, serán criterios objetivos los que establecerán esa diferencia cualitativa, criterios vinculados a la realización típica.”⁶⁴

Así entonces, y como modo de conclusión, la teoría que mejor nos permite diferenciar si una conducta efectuada por un sujeto pertenece al ámbito de los actos preparatorios o de tentativa y frustración es la de los actos intermedios pues además de aceptar que la realización parcial del verbo típico implica una tentativa, también lo amplía a aquellas conductas que sean previas a ella, en la medida que tengan un nexo de inmediatez tanto de acción como temporal, lo que nos permite fundamentar perfectamente el castigo con estos títulos en los delitos de mera actividad como la violación, siempre que aquella conducta implique un peligro para el bien jurídico, y a la luz del plan que tenía el autor al momento de ejecutarlos.

IX.- La tentativa en el delito de violación.

⁶⁴ Alcácer (2001) pp. 47-48.

¿Cómo es que entonces, puede configurarse una violación tentada según nuestra tesis? Por una cuestión de orden, es que dividiremos el análisis entre la violación propia e impropia.

1. Tentativa en la violación propia

Como se dijo al momento de tomar postura por una teoría que nos permita determinar el comienzo de ejecución de la violación, si bien consideramos que la más completa es la de los actos intermedios, al ser la violación un delito de mera actividad; debemos matizarla, en el sentido de indicar que, si a pesar de que entre los actos ejecutados por el autor y el acceso carnal todavía existen hechos directos por realizar, pero existe un nexo de inmediatez temporal entre ellos, es que dicha conducta hay que entenderla como tentada. Por otra parte, si entre la conducta efectuada por el autor y el acceso carnal no existe ningún eslabón intermedio, entendiéndose entonces una inmediatez de acción y temporal, es que la interrupción de dicha conducta por cuestiones ajenas a su voluntad implica entenderla como frustrada. Ahora bien, hay que aplicar todo esto siempre tomando en cuenta el plan del autor, y como requisito final, el que dicha conducta implique un peligro real para el bien jurídico.

En lo que respecta a la violación propia, recordemos que no es solamente un delito de mera actividad, sino que también uno de los denominados delitos de varios actos. Así, en esta forma de violación, están contempladas una serie de conductas que son mediales para lograr el acceso carnal, acceso que se constituye como el verbo nuclear de dicho delito. De esta forma, en un principio se podría indicar que, con el solo hecho de que el sujeto activo realice alguna de las conductas descritas en el tipo como mediales, ya nos encontramos en fase de tentativa.

El problema de dar cabida a esta solución es que no siempre que un sujeto realice, por ejemplo, un acto de fuerza o intimidación contra otro será para realizar un acto de acceso carnal, sino que puede ser perfectamente para efectuarle meras lesiones, debilitar sus fuerzas para secuestrarlo, intimidarlo para robarle, etc. Es por esto que, para evitar problemas de vaguedad, es que estos dichos actos mediales debemos entenderlos según la teoría de los actos intermedios: así, los actos de fuerza o intimidación deben estar ligados con el acceso carnal, según los criterios de inmediatez de acción y temporal,

siendo más importante en estos caso éste último. Ahora bien, como modo de concreción, se supone que la discusión de si una violación fue tentada o no es precisamente porque no existió el acceso carnal en la víctima que el sujeto activo pretendía, por lo que es importante saber los planes que tenía el autor al haber ejecutado sus acciones, ayudando así a delinear los conceptos de inmediatez de la acción y temporal. Por último, y ya como etapa final del examen que hay que realizar a la conducta del sujeto activo, es importante determinar si objetivamente existió un peligro para el bien jurídico protegido por esta forma de violación, que es la libertad sexual, ya que de no ser así no podríamos calificar dicha conducta como tentada.

Demos dos ejemplos para clarificar este examen:

1) Un sujeto, con intenciones de violarla, aborda a una mujer de 20 años en la noche, la lleva a un sitio eriazo, y mediante la amenaza de un cuchillo logra que ella se desnude. Momentos después que aquello ocurre, hacen presencia en el lugar carabineros, deteniendo al hechor.

Pues bien, en este caso, nos encontramos en la presencia de una tentativa de violación por las siguientes razones. Primero, si bien todavía faltan actos importantes para llegar a realizar el acceso carnal, esta conducta va directamente ligada a ella, es funcional para lograr el acceso carnal, y segundo, si continuamos con el requisito de inmediatez temporal, aunque al sujeto activo todavía le falta acercarse y realizar maniobras para lograr el acceso carnal, podemos argumentar que dicha amenaza es inmediatamente previa, objetivamente, para realizar el acceso. Ahora bien, en las conductas efectuadas, debe ser visto el plan del autor, en el sentido de que dichas acciones para él eran efectivamente para realizar una violación, siendo la amenaza un medio necesario para poder lograrlo. En la medida que esto se pruebe y se tenga como cierto, habría que determinar si la amenaza hacia la mujer, que implicó que se desnudara, efectivamente ya es lesiva para el bien jurídico "libertad sexual", lo que puede entenderse como afirmativo, pues el amedrentamiento había logrado que la víctima actuara en contra de dicha libertad.

2) Un sujeto arriba de una bicicleta y armado con una ganzúa amenaza a una mujer con violarla. Ante esta situación la mujer corre y escapa del ciclista.

En este caso, ya con un mero análisis objetivo se puede indicar que no existe tentativa, pues si bien el sujeto amenazó efectivamente a la víctima con una ganzúa, y por lo tanto podría decirse que estaba realizando el verbo medial de intimidación, en ningún caso podríamos decir que es funcional para realizar el acceso carnal, toda vez que, por el contexto en que realiza la amenaza, todavía son muchos los pasos fundamentales para lograr algún acceso; así, todavía debe llevarla a algún lugar alejado, bajarse de la moto, lograr el control de la situación, etc., mediando también entre ellos una distancia temporal considerable, lo que impediría entender este acto como tentado con este puro requisito, por lo que sería innecesario continuar con el análisis.

2. Tentativa en la violación impropia

Esta violación, a diferencia de la anterior, califica netamente como un delito de mera actividad mas no como uno de varios actos, pues solamente exige para su castigo que un sujeto realice un acceso carnal vía vaginal, anal o bucal a una víctima menor de 14 años, independientemente de las circunstancias previas o coetáneas que acompañen dicho actuar. De todas formas, esto no implica cambiar el análisis antes realizado, siendo solamente diferente el hecho de que no existirán ahora verbos mediales que nos ayuden a guiarnos más fácilmente. Así, para considerar que nos encontramos en fase de tentativa en una violación impropia es importante: que la acción que se pretenda juzgar tenga una relación directa con un eventual acceso carnal, no importando si faltan otros actos más por realizar en la medida que éste sea relevante y funcional para el acceso; tiene que existir una inmediatez temporal entre dicho acto y el querer realizar la penetración, pues de mediar mucho tiempo entre una conducta y otra se rompe el nexo que las une; hay que tener en cuenta el plan del autor para así saber que pretendía con dicha conducta, y por último, hay que valorar objetivamente si dicha conducta implica un peligro para el bien jurídico "indemnidad sexual".

X.- La frustración en el delito de violación.

Si hablamos de frustración en la violación, es porque consideramos perfectamente plausible que un sujeto que haya intentado cometer dicho

ilícito haya quedado precisamente en esta situación regulada por el Código Penal, esto es, haya puesto todo de su parte para que el ilícito se consumara, lo cual no ocurrió por situaciones ajenas a su voluntad. Esto pues, como “se desprende del tenor literal de dicha disposición, lo que precisa la frustración es la consumación del delito, no la producción del resultado,”⁶⁵ por lo que perfectamente podría darse tanto en los delito de resultado como el homicidio, o de mera actividad como la violación.

Ahora bien, ya que en nuestra legislación permitiría la frustración en los delitos de mera actividad, como la violación, ¿Cómo podemos configurarla en dicho delito? Para esto, debemos recurrir al análisis que ya hemos realizado para configurar la tentativa, con algunas observaciones.

Como se dijo en la tentativa, para que ésta exista, debemos estar en presencia de acciones que impliquen objetivamente una funcionalidad, tengan una conexión directa con el verbo rector del tipo de violación, que es el acceso carnal de una persona a otra, tomar en cuenta el plan subjetivo del autor (aunque no sea el fundamento del inicio de un acto de ejecución) y que dicha conducta implique ya un peligro para el bien jurídico.

En lo que respecta a la frustración, lo que será igual en cualquier forma de violación, ya sea propia o impropia, razón por la cual no realizaremos una distinción como la hicimos con la tentativa, la única diferencia con aquella será que, para considerar que estamos en presencia de una frustración, se exige que nos encontremos ante el último acto físico del sujeto previo al acceso carnal. Así entonces, asumimos en este caso la teoría de los actos intermedios en todo su significado, al aceptar que, para considerar que estamos frente a una violación frustrada, entre la conducta realizada por el sujeto y el verbo típico de acceso carnal no debe existir ningún acto esencial que pueda romper este nexo, exigiéndose en su plenitud tanto una inmediatez de acción como temporal; sin dejar de lado que también hay que considerar el plan del autor para así asumir el lado subjetivo de la tentativa, y por último, dicha conducta debe implicar un peligro para el bien jurídico, el cual deber ser objetivamente alto, ya que se supone que nos encontramos en presencia de una conducta que inmediatamente previa al acceso carnal, el cual culmina con la afectación del bien jurídico respectivo.

⁶⁵ Ramírez (2005) p. 141.

Apliquemos entonces dicho análisis en el siguiente ejemplo: un sujeto tiene reducida a su víctima de 15 años en una cama, no logrando accederla carnalmente, pues en el momento de dicho acceso interviene un tercero golpeando ferozmente al agresor.

En este ejemplo, podemos advertir que no existe otro acto para consumar la violación que el acceso carnal mismo, existiendo por lo tanto una inmediatez de acción, la cual se refuerza con una inmediatez temporal, pues objetivamente la violación era un hecho inminente cronológicamente, el cual no se pudo llevar a cabo por una situación independiente de la voluntad del agresor. Por otra parte, en relación al plan que tenía el autor, éste estaba en su momento más crítico, pues solo faltaba que el sujeto activo realizara la conducta típica para poder lograr su objetivo. Por último, el requisito de la existencia de un peligro también se da en este ejemplo, pues al estar la víctima sometida a la voluntad de su agresor, faltando sólo que ejecutara en contra de ella el verbo nuclear de la violación, la libertad sexual, en este caso, ya se ve afectada y alterada. Así, y a modo de conclusión, podemos decir que en el ejemplo, el delito de violación “estaba en la última fase de su ejecución, en realidad en el último acto, principiando aquel momento que la perfecciona, pero que no alcanzó a consumarse. De haber concluido, vale decir, de haberse acabado ese acto en concreto, el sujeto no habría requerido de otro acto ulterior para la perfección de ésta.”⁶⁶

Para finalizar con nuestra postura, podríamos resumir los elementos del método de análisis que debe darse copulativamente, y que determinarán si la conducta de un sujeto puede ser calificada como una violación tentada o frustrada:

a) En el caso de una violación tentada, ya sea propia o impropia:

1.- La conducta efectuada por el sujeto activo, si bien no tiene una inmediatez de acción en relación al acceso carnal pues todavía faltan actos importantes para llevarla a cabo, es funcional para cometerlo, en el sentido de que dicha acción es fundamental para llegar a lograrlo.

⁶⁶ Ramírez (2005) p. 141.

Si estamos ante una posible violación propia, debe darse el requisito de que la conducta sea una de aquellas definidas como “verbos mediales”, pues son ellas las que le dan el carácter de ilícito a un acceso carnal. En cambio, en el caso de la violación impropia, como la edad de la víctima es la que define lo ilícito de dicho acceso, es que la gama de acciones que pueden implicar tentativa es más amplia.

2.- La conducta debe ser temporalmente consecuencial para un acceso carnal factible de realizar.

3.- El plan del autor plasmado en el hecho debe ser dirigido para realizar un delito de violación, el cual ya estaba en marcha por hechos directos.

4.- La conducta debe significar un peligro objetivo para el bien jurídico que se proteja, ya sea la libertad sexual o la indemnidad, lo que en definitiva justifica la punición.

b) En el caso de una violación frustrada, ya sea propia o impropia:

1.- La acción que se analiza debe ser inmediatamente previa al acceso carnal. Esto es, no debe existir ningún acto intermedio entre ella y el verbo rector de la violación, la cual no pudo llevarse en el mundo de los hechos por causas independientes a la voluntad del sujeto activo.

2.- Debe existir una inmediatez temporal entre la conducta juzgada y el acceso carnal, en el sentido de que no medie un tiempo prolongado entre dichas acciones.

3.- El plan subjetivo del autor debe estar encaminado para cometer una violación, la cual debe estar en su fase culmine antes de realizar el acceso carnal.

4.- La conducta frustrada debe implicar un peligro grave al bien jurídico, en el sentido de que ya con la acción impedida para lograr el acceso carnal, se debe haber afectado la libertad o indemnidad sexual según sea el caso.

XI.- La tentativa y frustración del delito de violación en los tribunales chilenos.

El delito de tentativa de violación ha sido reconocido en nuestros tribunales desde hace varios años, incluso con anterioridad a la gran reforma que se hizo en materia de delitos sexuales en el año 2005. Así, por ejemplo lo indica una sentencia de la Corte Suprema del año 1990 al referirse de la siguiente forma en un caso: “que el acto de tender a la niña en el suelo, levantarle los vestidos, sacarle los calzones y cubrirla mientras ella forcejeaba para zafarse de la agresión y pedía auxilio, son hechos destinados, sin duda, a consumir el coito forzado; pero no constituyen todavía un principio de ejecución del delito si no se comprueba un comienzo de introducción del pene del varón en la vagina de la mujer.”⁶⁷

Antes de continuar, es importante aclarar un tema que tiene relación directa con este trabajo, y es que, con anterioridad a la reforma del 2005, por la forma en la que estaba redactada el delito de violación, y por la regla del artículo 362 del Código Penal, que indicaba que los delitos con caracteres sexuales se castigarían como consumados desde que haya “principio de ejecución”, existían dudas respecto a cómo debía sancionarse la violación cuando se encontrase en fase de tentativa, ya que había una posición que “consideraba que el principio de ejecución de la disposición se refiere a actos anteriores de la conjunción carnal, pero encaminados a ésta, con lo que la tentativa de violación se debe castigar como consumada, y aquella que estimaba necesario distinguir entre el comienzo de ejecución del delito, sancionado como tentativa, del comienzo de ejecución de la cópula, momento en que se apreciaba la consumación del delito.”⁶⁸

La reforma del 2005, que conllevó una nueva tipificación para la violación, no tuvo repercusiones para los tribunales en el sentido de seguir aceptando su forma tentada, sino que les permitió regirse ahora en su plenitud por las norma general del artículo 7 del Código Penal, dándosele así la razón a los que argumentaban con anterioridad a la reforma la segunda posición antes citada. Es por esto que hoy los tribunales son más bien contestes en indicar que “es posible que se dé en grado de tentativa, como cuando el agente da

⁶⁷ Corte Suprema, 10 de septiembre de 1990, ROL N° 27.876. LegalPublishing N° 11066. (Redacción del Ministro Rafael Retamal López).

⁶⁸ Ramírez (2005) p. 135.

principio de ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”⁶⁹

En cuanto a la frustración, los tribunales no siempre la han reconocido, ni antes ni después de la reforma del 2005, siendo diferentes las opiniones respecto a su posible aplicación en un delito como la violación: por un lado hay quienes opinan que en este ilícito “no es admisible su realización en grado de frustrado, ya que una vez realizados todos los actos el delito se consuma”⁷⁰; mientras que otros reconocen su posibilidad de aplicación, “así en sentencia de 29.11.199, la Corte Suprema estimó que el delito de violación se encontraba frustrado, en un caso en que de acuerdo a los hechos fijados por el Tribunal de instancia, la llegada de los padres interrumpió la acción del encartado. El autor frotó el pene sobre la vagina de la menor sin que hubiese existido penetración.”⁷¹

En otro caso, que se suma a esta última posición, un individuo se abalanzó contra una mujer para poder violarla, no logrando dicho propósito pues un taxista apareció en el lugar, considerando el tribunal que el autor puso todo “de su parte para que esa relación sexual se consumara, lo que no se verificó por causas independientes de su voluntad, lo que constituye el delito de violación de (la víctima) en grado de frustrado.”⁷²

Por último, citamos el fragmento de una sentencia que da cuenta clara de la diferenciación que hay que hacer entre lo que son los actos previos al acceso carnal y este último, puesto que en la medida que entendamos que con la realización de los primeros ya comenzó a realizarse el delito, podemos admitir su modalidad frustrada: “además la defensa señala que discrepa de la calificación que se da a los hechos tipificados como constitutivos del delito de violación frustrada pues no ha existido acceso carnal a la víctima, lo que no será aceptado por el Tribunal pues ello no resulta necesario en esta etapa del delito y más aún la defensa confunde el comienzo de la ejecución de la cópula con el comienzo de ejecución del delito, situación esta última que ha acaecido en autos en donde son numerosos los actos realizados por el

⁶⁹ Tribunal de Juicio Oral de La Serena. 19 de agosto de 2007, R.I.T. 53. 2007. LegalPublishing N° 37851. (Redacción del Juez Nicanor Alberto Salas Salas).

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ramírez (2005) p. 136.

⁷² Tribunal de Letras de San Carlos. 1 de septiembre de 2001. ROL N° 4.735 01. LegalPublishing N° 23601.(Dictada por el Juez Letrado Titular Ángel Coria Ricotti).

inculpado tendientes directamente a concretizar su ánimo de mantener relaciones sexuales con la menor, lo que no se logró por causas independientes de su voluntad.”⁷³

Lo que podemos decir, es que hoy por hoy, si los tribunales ya entienden que es posible que la violación se presente en modo de tentada, sobre todo después de la reforma del año 2005, no existen argumentos de peso que permitan mantener la duda de si es posible admitirla en grado de frustrada, pues, salvo que se siga una posición objetivo formal para sostener una posición que la niegue, la cual comprobadamente ya es superada por la doctrina, la violación frustrada puede ser perfectamente argumentada en los tribunales de nuestro país en base a los diversos argumentos indicados en los capítulos precedentes de esta tesina.

⁷³ Tribunal de Letras de Coyhaique. 31 de marzo de 2001. ROL N° 15.954. LegalPublishing N° 23404. (Dictada por el Juez Letrado Titular Gerardo Rojas Donat).

XII.- Conclusión.

El objetivo de esta tesina fue el de sumar argumentos, en una discusión que dista de estar cerrada, a la posición que admite que un delito de mera actividad como la violación, puede presentar una modalidad tentada o frustrada.

Creemos firmemente que la negación de dichas formas de comisión es un resabio de teorías que ya deben ser superadas en la doctrina, pues éstas últimas no responden a las situaciones que suceden en el mundo de los hechos, de las realidades. Así, es posible que un sujeto no pueda cometer una violación, ya sea porque le faltaron actos para conseguir el acceso carnal, o, una vez realizados todos los actos necesarios para lograr dicho acceso, este no se llevó a cabo por causas independientes de su voluntad; cuestiones que ocurren en la realidad y que nosotros intentamos “traducir jurídicamente”, entregando los argumentos necesarios en los capítulos anteriores, siendo el más importante el que con dichas conductas ya se lesionan los bienes de libertad sexual o indemnidad sexual, bienes que están detrás del tipo de violación y que justifican su punición, para que así dichas conductas sean sancionadas de forma justa, acorde a lo que sucede empíricamente; como tentativa de violación en el primer caso y como frustración de violación en el segundo.

XIII.- Biografía.

1. Bibliografía citada

- Alcácer, Rafael (2001): *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica* (Madrid, Editorial Edisofer) pp. 274.
- Cury, Enrique (1997): *Derecho Penal Parte General. Tomo II. Segunda edición actualizada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 460.
- Bustos Ramírez, Juan (2007): *Obras Completas. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Segunda edición* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 802.
- El Mostrador (2011) En Chile hay 17 violaciones y 34 abusos sexuales diarios según estudio. [En línea] <<<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/09/23/en-chile-hay-17-violaciones-y-34-abusos-sexuales-diarios-segun-estudio/>>> [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2012].
- Garrido, Mario (2007): *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 452.
- Garrido, Mario (1984): *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 453.
- Gómez, José Manuel (1984): *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General* (Madrid, Editorial Civitas S.A) pp. 623.
- Maldonado, Francisco (2003): “Delitos contra la Libertad Sexual. Tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales”, en: *Problemas actuales de Derecho Penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco) pp. 227- 266.
- Medina, Rodrigo (2004): *Manual de Derecho Penal* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) pp. 319.

- Politoff, Matus y Ramírez (2005): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda edición actualizada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 689.

- Ramírez, Cecilia (2005): “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXVI, pp. 133 – 141.

- Vargas, Tatiana (2010): *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del delito con casos* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing) pp. 234.

- Zaffaroni, Eugenio (2010). *Manual de Derecho Penal. Segunda edición* (Buenos Aires, Ediciones Ediar) pp. 778.

2. Normas citadas

- Código Penal chileno de 1874, edición del 2012.

3. Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, 10 de septiembre de 1990, ROL N° 27.876. LegalPublishing N° 11066. (Redacción del Ministro Rafael Retamal López).

- Tribunal de Juicio Oral de La Serena. 19 de agosto de 2007, R.I.T. 53. 2007. LegalPublishing N° 37851. (Redacción del Juez Nicanor Alberto Salas Salas).

- Tribunal de Letras de Coyhaique. 31 de marzo de 2001. ROL N° 15.954. LegalPublishing N° 23404. (Dictada por el Juez Letrado Titular Gerardo Rojas Donat)..

- Tribunal de Letras de San Carlos. 1 de septiembre de 2001. ROL N° 4.735 01. LegalPublishing N° 23601. (Dictada por el Juez Letrado Titular) Ángel Coria Ricotti).