

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Problemas seleccionados del delito de violación con homicidio

Selected problems of the crime of rape with homicide

Javier Escobar Veas 

Universidad Austral de Chile

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad analizar las principales cuestiones problemáticas que plantea el delito de violación con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 372 bis del Código Penal chileno. En este contexto, se revisarán tanto sus exigencias objetivas como subjetivas, colocando especial énfasis en el vínculo que debe existir entre el delito de violación y el de homicidio, exigencia representada por la expresión “con ocasión”, así como en el problema relativo a la posibilidad de aplicar, respecto del delito en estudio, las normas generales sobre *iter criminis*.

PALABRAS CLAVE

Concurso de delitos · delito de homicidio · delitos sexuales · delito de violación.

ABSTRACT

The article analyses the main problematic issues raised by the crime of rape with homicide, provided for in Article 372 bis of the Chilean Criminal Code. The work reviews both the actus rea and means rea requirements, placing special emphasis on the relation that must exist between the crime of rape and homicide, as well as on the problem regarding the possibility of applying, with respect to the offence under study, the general rules on *iter criminis*.

KEY WORDS

Concurrence of offences · homicide · rape · sexual offences.

I. REGULACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON HOMICIDIO

Como correctamente se ha observado, la muerte de la víctima es un acontecimiento que puede estar relacionado con la ejecución de un delito de

significación sexual por múltiples razones. Generalmente, ello se producirá como consecuencia de la violencia empleada para cometer el hecho de significación sexual. Sin embargo, la muerte de la víctima también puede tener su causa en otro tipo de circunstancias, como sería el caso en que ella se produjera como consecuencia de la ejecución de la misma conducta inculpada, o en la utilización de medios que no impliquen el ejercicio de fuerza física. Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, con la intención de abusar sexualmente de otra, vierte sustancias nocivas en su bebida para provocar un estado de inconsciencia, sin perjuicio de lo cual, de manera imprevista, dichas sustancias nocivas ocasionan finalmente la muerte de la víctima¹.

El legislador chileno ha pretendido sancionar algunas de estas situaciones en virtud del artículo 372 bis del Código Penal, norma que dispone: *“El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. / Si el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio”*.

El delito de violación con homicidio fue incorporado por el Decreto Ley N° 2.967, de diciembre de 1979, como respuesta a un caso de gran connotación social de la época. La versión original del artículo 372 bis no solamente estableció la pena más grave de todo el Código Penal chileno, sino que también pretendió incorporar una hipótesis de responsabilidad penal objetiva por la sola causación de la muerte de la víctima (el texto original sancionaba con la pena de presidio perpetuo a muerte a quien *“con motivo u ocasión de violación o de sodomía causare, además, la muerte del ofendido”*)².

Tras sucesivas modificaciones legales, la redacción actual del inciso primero de la norma en estudio fue establecida por la Ley N° 19.957, de enero de 2004. El inciso segundo del artículo 372 bis, norma que incorporó la denominación de violación con femicidio, fue incorporado por la Ley N° 21.212, de marzo de 2020.

Como se puede apreciar, el texto actual del precepto está restringido a aquellos casos en que el autor de un delito de violación, con ocasión de su comisión, comete además homicidio o femicidio en la persona de la víctima.

¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima con ocasión de un atentado sexual*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (2010) 1, pp. 163-185, p. 164.

² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), pp. 165-166.

II. FUNDAMENTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON HOMICIDIO

Resulta indiscutible que el delito de violación con homicidio es un delito odioso, entendiendo por tales aquellos delitos que impresionan nuestra conciencia colectiva, pues generan inmediata indignación, desprecio y repugnancia en la comunidad³.

¿Qué razones tuvo el legislador chileno para incorporar el delito del artículo 372 bis? Pareciera claro que el fundamento del delito de violación con homicidio es de naturaleza político criminal, pues su existencia obedecería únicamente al propósito del legislador de sancionar con la máxima severidad una hipótesis de violación brutal y desalmada, llevada a cabo por una persona que, además de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, ocasiona su muerte⁴. Este fundamento encontraría clara expresión en la exigencia de que el homicidio sea cometido precisamente “con ocasión” de la violación⁵.

El efecto penológico del artículo 372 bis se aprecia nítidamente si se compara la pena prevista en esta norma y aquella que correspondería aplicar en caso de que dicho precepto no existiese. En efecto, si el tipo penal en estudio no existiera, la persona que cometiera violación y homicidio en un mismo contexto espacio temporal sería probablemente sancionada por ambos delitos en una relación de concurso ideal, cuya consecuencia es la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave, conforme lo dispone el artículo 75 del Código Penal. Si se tratara de un concurso ideal entre un delito de violación propia (artículo 361) y otro de homicidio simple (artículo 391 N° 2), el concurso ideal se resolvería imponiendo la pena de presidio mayor en su grado máximo. Si se tratara de un concurso ideal entre un delito de violación impropia (artículo 362) y otro de homicidio simple, el concurso ideal también se resolvería imponiendo la pena de presidio mayor en su grado máximo. De esta manera, la existencia del artículo 372 bis, norma que prevé una pena de presidio perpetuo simple a calificado, permite imponer una pena superior en uno o dos grados a aquella que correspondería imponer según las normas generales⁶.

La opción político criminal adoptada por el legislador chileno, en el sentido de sancionar con una pena agravada a la persona que comete vio-

³ REAMER, Frederic, *Heinous Crime: Cases, Causes and Consequences* (New York, Columbia University Press, 2005), p. 4.

⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal* (4ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018), III, p. 199; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 168.

⁵ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, cit. (n. 4), p. 199.

⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 167.

lación y homicidio en un mismo contexto espacio temporal, no constituye en absoluto una innovación a nivel comparado. Así, por ejemplo, el artículo 124 del Código Penal argentino dispone que se impondrá la pena de reclusión o prisión perpetua cuando, en los casos de los artículos 119 y 120, normas que establecen los delitos de violación y abuso sexual, resultare la muerte de la persona ofendida. Por su parte, el artículo 140 del Código Penal español aumenta la pena del delito de asesinato a prisión permanente revisable si, entre otros casos, el hecho fuere subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido en contra de la víctima. En similares términos, el artículo 576, inciso primero, N° 5 del Código Penal italiano dispone que el delito de homicidio se sancionará con la pena de prisión perpetua cuando fuere cometido con ocasión de un delito de agresión sexual del artículo 609 bis, entre otros ilícitos de carácter sexual.

Como último punto, es necesario subrayar que el delito de violación con homicidio forma parte de una tendencia legislativa del legislador chileno, en el sentido de imponer una pena agravada a la persona que, en un mismo contexto espacio temporal, comete dos o más delitos específicos. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos de secuestro con homicidio, violación o castración (artículo 141, inciso quinto), sustracción de menores con homicidio, violación o castración (artículo 142, inciso segundo), tortura con homicidio o lesiones (artículo 150 B), robo con homicidio, violación, castración o lesiones graves (artículo 433), entre otros.

III. EXIGENCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON HOMICIDIO

Como se señaló, el artículo 372 bis sanciona a quien, con ocasión de un delito de violación, cometa además homicidio o femicidio en la persona de la víctima.

1. Elementos objetivos

En cuanto a los requisitos objetivos del tipo penal, es necesario, en primer lugar, que el autor haya cometido un delito de violación y un delito de homicidio.

¿Qué alcance debe otorgarse a estas expresiones?

En relación con la expresión “violación”, pareciera no existir desacuerdo en que la expresión “violación”, contenida en el artículo 372 bis, alude tanto al delito contemplado en el artículo 361 (conocido como violación propia), como al delito establecido en el artículo 362 (conocido como

violación impropia), ambos del Código Penal. La principal razón de esto es que ambos delitos figuran bajo un mismo epígrafe, titulado “De la violación”, circunstancia que expresaría el hecho de que el legislador chileno utiliza dicha denominación para referirse indistintamente a ambos tipos penales. Por el contrario, no corresponde incluir, en el concepto de violación, los tipos penales de estupro (artículo 363) ni abuso sexual agravado (artículo 365 bis)⁷.

Respecto a la expresión “homicidio”, esta comprende los delitos de parricidio, femicidio, homicidio calificado, homicidio simple, e incluso infanticidio, por cuanto todas estas figuras no son sino hipótesis particulares del delito de homicidio⁸. No existen, además, obstáculos de naturaleza penológica para esta conclusión, por cuanto la pena prevista por el artículo 372 bis es superior a aquella establecida para todos los delitos mencionados anteriormente⁹.

Por supuesto, el delito de homicidio debe ser imputable objetivamente a la conducta realizada por el autor¹⁰. Lo anterior significa que la muerte de la víctima, en su concreta configuración, debe constituir la materialización de alguno de los riesgos prohibidos¹¹ que el agente haya generado con su conducta¹².

Además de exigir que el autor haya cometido una violación y un homicidio, el artículo 372 bis demanda que ambos delitos se encuentren en una especial relación, a saber, que el homicidio se haya cometido “con ocasión” de la violación. Cuando no se cumpla con esta especial vinculación, no corresponderá aplicar el delito del artículo 372 bis, sino que se deberá recurrir a las reglas generales sobre concurso de delitos¹³.

⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), pp. 171-172; AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos Sexuales* (2ª edición, Santiago, Editorial Metropolitana, 2012), p. 65.

⁸ Respecto del delito de femicidio, el legislador se encargó de resolver expresamente el asunto. Como se señaló, la Ley N° 21.212 incorporó un nuevo inciso segundo al artículo 372 bis, conforme al cual, si el autor del delito descrito en dicha norma es un hombre y la víctima una mujer, el delito se denominará violación con femicidio.

⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 172.

¹⁰ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte Especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III, p. 299.

¹¹ Entiendo por “riesgo” la posibilidad de acaecimiento de determinados cursos causales con consecuencias no deseadas, especialmente aquellas captadas por los tipos penales de los distintos delitos. FRISCH, Wolfgang, *Estudios sobre Imputación Objetiva* (Santiago, Thomson Reuters, 2012), p. 40.

¹² Sobre la teoría de la imputación objetiva, ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas, 1997), I, pp. 362 y ss.; FRISCH, Wolfgang, cit. (n. 11), pp. 16 y ss.

¹³ GARRIDO MONTT, Mario cit. (n. 10), p. 299.

¿Qué significa que el homicidio se haya cometido “con ocasión” de la violación? Al respecto, se han planteado dos posturas distintas.

Una primera postura sostiene que este requisito típico debe interpretarse en el sentido de que tanto la violación como el delito de homicidio deben cometerse en el mismo contexto fáctico. Así, por ejemplo, Garrido señala que el artículo 372 bis “se aplica cuando el homicidio de la víctima se ha cometido con ocasión de la violación, esto es, dentro del contexto fáctico de su ejecución”¹⁴. La misma postura expresan Matus y Ramírez, quienes afirman que “la muerte se ha de cometer en el mismo contexto fáctico y sin solución de continuidad con la violación”¹⁵. En similar sentido, Aguilar señala que el delito de violación con homicidio exige que la muerte de la víctima se produzca “en el mismo contexto que su violación”¹⁶.

Al exigir que tanto el homicidio como la violación se cometan en un mismo contexto espacio temporal, esta primera postura pone el énfasis en los elementos de temporalidad y espacialidad, aproximándose al significado ordinario de la palabra “ocasión”¹⁷.

Esta exigencia se cumplirá, por cierto, cuando el homicidio se ocasiona como consecuencia de la violencia ejercida contra la víctima para vencer su resistencia, pero no solamente en este caso. En efecto, conforme a esta postura, la inmediatez temporal requerida también se cumplirá cuando el autor de la violación mate a la víctima inmediatamente después de haber consumado el delito sexual, siempre que ello tenga lugar en la misma ocasión. De esta forma, por ejemplo, se deberá sancionar a título de violación con homicidio al autor que, inmediatamente después de haber consumado el delito de violación, mata a la víctima para asegurar su impunidad. Por el contrario, no se deberá aplicar el delito de violación con homicidio cuando el autor del delito de violación mata a la víctima días después, por haberse enterado de que ella había decidido denunciar el hecho a la autoridad¹⁸.

En este sentido se pronunció el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, en sentencia rit 7-2008, oportunidad en que condenó al imputado como autor de violación con homicidio en un caso en que este

¹⁴ GARRIDO MONTT, Mario cit. (n. 10), pp. 299-300.

¹⁵ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021), p. 206.

¹⁶ AGUILAR ARANELA, Cristián, cit. (n. 7), p. 65

¹⁷ ESCOBAR VEAS, Javier, *Problemas Dogmáticos Relacionados con el Delito de Violación con Homicidio: Comentario a la Sentencia Rit 115-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 24 (2017) I, pp. 299-312, p. 306.

¹⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, cit. (n. 4), pp. 197-198.

dio principio de ejecución al homicidio una vez que la violación ya había sido consumada¹⁹.

Una segunda tesis, más exigente que la anterior, señala que no basta con que la violación y el homicidio se cometan en el mismo contexto espacio temporal, sino que es necesario que el homicidio “ocurra con ocasión de actos que impliquen –jurídicamente hablando– ejecución o comienzo de ejecución” de la violación. De este modo, no se cumpliría con el vínculo exigido por el artículo 372 bis si el autor de la violación comete el delito de homicidio una vez que la primera se encontraba ya consumada²⁰.

Esta segunda postura fue acogida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en sentencia rit 115-2015. En concreto, el tribunal sostuvo que, para efectos de tener por configurado el delito del artículo 372 bis, no basta con una proximidad o inmediatez temporal entre la violación y el homicidio, sino que se requiere, además, que el homicidio “ocurra con ocasión de actos que impliquen desde el punto de vista jurídico ejecución o comienzo de ejecución de la violación”²¹.

En mi opinión, esta segunda postura, que exige que el homicidio se cometa con ocasión de actos que impliquen ejecución o comienzo de ejecución de la violación, debiese ser rechazada. Además de restringir excesivamente el campo de aplicación del delito de violación con homicidio, esta tesis no parece compatible con el sentido que la ley atribuye a la expresión “con ocasión”.

A este respecto, resulta fundamental advertir que el legislador ha utilizado esta expresión en una multiplicidad de tipos penales. Entre estos, destacan los delitos de secuestro con violación y robo con violación. Pues bien, si la expresión “con ocasión” debiese interpretarse como una exigencia de que el segundo delito sea cometido con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del primer delito, resultaría difícil imaginar que estos delitos se configurasen.

Piénsese en el delito de violación cometido “con ocasión” de robo, previsto en el artículo 433, número 1. ¿Cómo podría cometerse el delito de violación con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del delito de robo? Resulta evidente que los actos ejecutivos del delito de violación serán distintos de los actos ejecutivos de delito de robo. Lo mismo ocurre con el delito de violación cometido “con ocasión”

¹⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, rit 7-2008, de 25 de marzo de 2008.

²⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 173.

²¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, rit 115-2015, de 12 de mayo de 2015, Considerando 5.

de secuestro. ¿Cómo podría cometerse el delito de violación con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del delito de secuestro? Nuevamente, pareciera evidente que los actos ejecutivos de uno y otro delito serán necesariamente distintos²².

Desde mi perspectiva, la expresión “con ocasión” debe interpretarse en el sentido de que la violación y el homicidio se cometan en un mismo contexto espacio temporal. De esta manera, no es necesario, para tener por configurado el delito de violación con homicidio, que ambos delitos se cometan de manera simultánea, por medio de los mismos actos ejecutivos²³.

La mayoría de la jurisprudencia se ha pronunciado en este mismo sentido. Así, por ejemplo, en sentencia rol 129-2014, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sostuvo que el homicidio y la violación, si bien se encuentran vinculados por su coetaneidad, “nada autoriza para exigir simultaneidad en la ejecución de ambos delitos”²⁴.

En términos similares, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia Rol 12-2013, confirmó la decisión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que había condenado al imputado por el delito de violación con homicidio en un caso en que el homicidio claramente no se había cometido con ocasión de actos que implicasen ejecución o principio de ejecución de la violación. En este caso, el imputado accedió carnalmente a la víctima, y luego, con un elemento contundente, la golpeó en la cabeza, provocándole un traumatismo encéfalo craneano. Acto seguido, el imputado llevó a la víctima, aún con vida, hasta un barranco lateral y la dejó a 3,5 metros de profundidad, luego de lo cual la tapó con tierra, barro y ramas. La víctima falleció en el lugar, a consecuencia del traumatismo encéfalo craneano que sufrió²⁵.

Como se puede apreciar, en dicho caso la conducta homicida y aquella constitutiva de violación eran completamente independientes la una de la otra, de modo tal que no existió en absoluto simultaneidad entre ambos tipos de conducta. Sin embargo, ello no fue óbice para que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal condenara al imputado como autor del delito de violación con homicidio, calificación jurídica que la Corte de Apelaciones de Valdivia confirmó²⁶.

²² ESCOBAR VEAS, Javier, cit. (n. 17), p. 307.

²³ ESCOBAR VEAS, Javier, cit. (n. 17), p. 307.

²⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 129-2014, de 3 de junio de 2014, Considerando 12.

²⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, de 12 de marzo de 2013, Considerando 10.

²⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, de 12 de marzo de 2013, Considerando 10.

En el mismo sentido, en sentencia rit 132-2012, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó condenó como autor del delito de violación con homicidio a un imputado que, tras haber accedido carnalmente a la víctima en contra de su voluntad, y a fin de ocultar la comisión del delito de violación, encendió fuego al inmueble donde la víctima se encontraba, causando su muerte²⁷. Con relación al delito de violación con homicidio, el tribunal sostuvo que lo sancionado por el legislador con esta figura típica es que la muerte de una persona se cometa en el contexto de una violación, “pudiendo ejecutarse durante la cópula misma, por emplear el autor una fuerza desmedida para dominar la resistencia de su víctima, o bien inmediatamente después de consumado este delito, para garantizar el ocultamiento del hecho, o la no identificación del responsable y aún para facilitar la huida”²⁸. Misma afirmación realizó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en sentencia rit 225-2021²⁹.

En sentencia rol 1086-2016, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó una sentencia del 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que condenó al imputado como autor del delito de violación con homicidio. En dicha oportunidad, el Tribunal de Juicio Oral tuvo por acreditado el requisito “con ocasión”, en consideración a que la conducta de violación y la acción homicida habían tenido lugar en un mismo contexto temporal y espacio físico³⁰.

Por su parte, el 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia rit 191-2015, condenó como autor del delito de violación con homicidio a un imputado que, después de haber violado a la víctima, la ahorcó con un cordel, provocando su muerte por asfixia por estrangulamiento³¹.

Finalmente, cabe citar la sentencia rit 230-2004, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique. En este caso, el imputado accedió carnalmente a la víctima mediante violencia. Posteriormente, el imputado se sintió

rando II.

²⁷ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, rit 132-2012, de 23 de enero de 2013, Considerandos 9 y 10.

²⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, rit 132-2012, de 23 de enero de 2013, Considerando II.

²⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, rit 225-2021, de 7 de diciembre de 2021, Considerando 15.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1086-2016, de 16 de mayo de 2016, Considerando 5.

³¹ 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rit 191-2015, de 16 de septiembre de 2015, Considerando 13.

presionado debido a que había otras personas que esperaban el regreso de la víctima, razón por la cual decidió golpear a la víctima en la cabeza con un objeto contundente, causándole un traumatismo craneano y facial severo, lesión que le produjo la muerte³².

Sobre la base de las sentencias revisadas anteriormente, es posible afirmar que la jurisprudencia mayoritaria no exige que el homicidio ocurra con ocasión de hechos que impliquen ejecución o comienzo de ejecución de la violación. Por el contrario, resulta suficiente que ambos delitos tengan lugar en el mismo contexto espacio temporal.

Por último, corresponde indicar que, a diferencia de lo que acontece con otras figuras similares, tales como el robo con homicidio, el artículo 372 bis exige que tanto la violación como el homicidio se cometan en contra de una misma persona. Así se desprende de la redacción de la norma, que exige que el homicidio haya sido cometido “en la persona de la víctima” de la violación. Por consiguiente, no corresponderá aplicar el delito de violación con homicidio si el agresor no atenta contra la vida de la víctima del delito de violación, sino que contra la vida de una tercera persona, que acudió en auxilio de la primera³³.

2. Elementos subjetivos

En relación con los requisitos subjetivos del delito de violación con homicidio, la opinión unánime sostiene que tanto la violación como el homicidio deben haber sido cometidos con dolo³⁴. Por consiguiente, es necesario que el autor del delito actúe con la voluntad de acceder carnalmente a la víctima y con la voluntad de matarla. Esto no significa, sin embargo, que ambas voluntades deban existir desde el momento en que el sujeto activo comienza a actuar³⁵.

Por lo tanto, queda excluida, como título de imputación subjetiva, la imprudencia³⁶. Por consiguiente, si el autor del delito de violación, con ocasión de esta, causa la muerte de la víctima de manera imprudente, no corresponderá aplicar el delito de violación con homicidio, sino que

³² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, rit 230-2004, de 9 de diciembre de 2004.

³³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 175.

³⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014), p. 368; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, cit. (n. 4), p. 198; AGUILAR ARANELA, Cristián, cit. (n. 7), p. 66.

³⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 175.

³⁶ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 15), p. 207; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, cit. (n. 4), p. 198.

se deberá apreciar un concurso entre el delito de violación y el delito de homicidio imprudente³⁷.

3. *Excurso: Breve comentario al artículo 140, inciso primero, N° 2 del Código Penal español, incorporado por la Ley Orgánica 1/2015*

En marzo de 2015, la Ley Orgánica 1/2015 reemplazó el artículo 140 del Código Penal español, entre otras varias modificaciones.

Para los efectos de este estudio, interesa destacar lo dispuesto en el actual artículo 140, inciso primero, N° 2. Conforme a esta norma, el asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando “*el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*”.

En palabras del Tribunal Supremo español, mediante la incorporación del artículo 140, inciso segundo, N° 2, el legislador español quiso sancionar con la máxima pena prevista en el Código Penal el delito de asesinato cometido con vocación de impunidad, cuando sea cometido subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. De esta forma, el legislador ha asociado la pena de prisión permanente “a la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida”³⁸.

La nueva norma ha sido criticada desde dos puntos de vista. En primer lugar, se ha cuestionado la amplitud de la expresión “delito contra la libertad sexual”, pues comprendería todos los atentados en contra de la libertad e indemnidad sexual de las personas, los cuales pueden presentar muy diversa gravedad, como por ejemplo un delito de violación y otro de acoso sexual³⁹⁻⁴⁰.

³⁷ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 15), p. 207; BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2018), p. 225; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, cit. (n. 4), p. 198; GARRIDO MONTT, Mario cit. (n. 10), p. 299.

³⁸ Tribunal Supremo de España, sentencia 418-2020, de 21 de julio de 2020, Fundamento Jurídico 6.4.

³⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial* (23ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021), p. 40; FERNÁNDEZ, Gabriel, *Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo*, en *Revista Misión Jurídica* 12 (2019) 16, pp. 163-195, p. 185; CASALS, Ángela, *Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 74 (2021), pp. 583-606, p. 593; MARTOS, Juan Antonio, *El delito de asesinato. Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2017), p. 92.

⁴⁰ Una postura distinta sostiene Queral, para quien la expresión “delito contra la libertad sexual” debe interpretarse de manera estricta, excluyendo los delitos contra la

En segundo lugar, se ha denunciado la falta de claridad temporal que importaría la expresión “subsiguiente”. En este sentido, un sector de la doctrina ha señalado que la expresión “subsiguiente” plantea el problema de la “temporalidad de las acciones delictivas a analizar, surgiendo la duda relativa a en qué casos estaremos ante dos hechos considerados como acciones separables jurídicamente a través del concurso real y calificables conforme al art. 140.1.2ª CP, o cuándo estaremos ante un solo hecho con relevancia penal en el que se integra tanto un delito contra la libertad sexual como un delito de asesinato, dándose un concurso ideal”⁴¹.

Dicho en otros términos, no corresponderá aplicar el artículo 140, inciso primero, Nº 2, cuando la muerte de la víctima se produzca como consecuencia de la ejecución misma del delito contra la libertad o indemnidad sexual⁴², y no subsiguientemente a su realización. En este último caso, corresponderá apreciar un concurso ideal entre el delito sexual y el delito de asesinato.

Además de lo anterior, la doctrina exige que exista una cierta conexión temporal de inmediatez entre la causación subsiguiente de la muerte y la agresión sexual, de manera tal que si, por ejemplo, el autor mata a la víctima días después de la agresión sexual, para evitar que lo denuncie, no corresponderá aplicar la norma en estudio⁴³.

En conclusión, para que sea aplicable el artículo 140, inciso primero, Nº 2, la ejecución del asesinato debe ser inmediatamente posterior al delito contra la libertad sexual, y, además, el primero debe tener lugar una vez que el atentado contra la libertad sexual haya concluido, de manera tal de descartar la concurrencia de un concurso ideal de delitos⁴⁴.

IV. *ITER CRIMINIS* DEL DELITO DE VIOLACIÓN CON HOMICIDIO

En relación con el delito de violación con homicidio, se discute sobre la posibilidad de aplicar, a su respecto, las normas generales sobre *iter crimi-*

indemnidad sexual. Al respecto, ver QUERALT, Joan, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), p. 41.

⁴¹ FERNÁNDEZ, Gabriel, cit. (n. 39), pp. 185-186.

⁴² CARBONELL Juan Carlos, *Lección II. Homicidio y sus formas (I): Homicidio*, en GONZÁLEZ, José Luis (coordinador), *Derecho Penal Parte Especial* (6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 43-60, p. 53.

⁴³ MARTOS, Juan Antonio, cit. (n. 39), p. 92; MUÑOZ CONDE, Francisco, cit. (n. 39), p. 40.

⁴⁴ FERNÁNDEZ, Gabriel, cit. (n. 39), p. 186; ÁLVAREZ Francisco y VENTURA, Arturo, *Delitos contra la vida humana independiente homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)*, en QUINTERO, Gonzalo (director), *Comentario a la reforma penal del 2015* (Navarra, Aranzadi Thompson, 2015), pp. 313-332, pp. 323-324.

nis. En otros términos, ¿puede un tribunal condenar a una persona como autora de un delito de violación con homicidio tentado?

Respecto a este problema, es posible identificar dos posturas en nuestro país, una que acepta sin problemas la aplicación de las normas sobre *iter criminis*, y otra que la rechaza. Antes de revisar ambas posiciones, cabe reconocer que algunos de los autores que se citarán efectúan sus reflexiones a propósito del delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433 del Código Penal, y no específicamente en relación con el delito de violación con homicidio. En mi opinión, no parecieran existir obstáculos para extrapolar las conclusiones de estos autores desde aquel delito hasta este, por cuanto las razones que fundamentan dichas conclusiones están basadas en elementos comunes a ambos delitos.

Como representantes de la primera posición es posible mencionar, en primer lugar, a Etcheberry. A propósito del delito de robo con homicidio, este autor sostiene que es perfectamente posible apreciar tentativa según las normas generales. Para estos efectos, sería necesario que el autor haya dado principio de ejecución a ambos delitos, considerando, además, el factor de imputación subjetiva requerido. Por tanto, cuando el agente no haya dado principio de ejecución al homicidio, sino que solamente al robo, no será posible apreciar tentativa de robo con homicidio⁴⁵. La misma postura adopta Vivanco⁴⁶.

Por otra parte, como representantes de la segunda postura es posible citar, primero, la opinión de Rodríguez Collao. Este autor sostiene que la aplicación de la pena establecida en el artículo 372 bis presupone que tanto la violación como el homicidio se encuentren consumados. Ello obedecería al empleo de la fórmula discursiva “cometiere además homicidio”, la cual implicaría que ambos ilícitos deben encontrarse consumados. Como consecuencia de lo anterior, no cabría hablar de tentativa o de delito frustrado de violación con homicidio. De esta manera, si una persona, al violar a la víctima, le causa dolosamente lesiones letales, pero la muerte no se produce, debido a una oportuna atención médica, dicha persona debiese ser sancionada por un delito de violación en concurso con un delito de homicidio en grado de ejecución imperfecto⁴⁷.

En el mismo sentido, Aguilar afirma que el delito de violación con

⁴⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III, p. 343.

⁴⁶ VIVANCO, Jaime, *El Delito de Robo con Homicidio* (Santiago, Legal Publishing, 2009), pp. 57-60.

⁴⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima*, cit. (n. 1), p. 174; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, cit. (n. 34), p. 367.

homicidio solamente puede concebirse al consumarse la violación y el homicidio, argumentando que ello habría sido requerido por el legislador al utilizar el verbo “cometer” en conjunto con el vocablo “además”, locución que supone la completa ejecución de ambos ilícitos⁴⁸.

Esta segunda postura fue adoptada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en su sentencia rit 115-2015. En dicho caso, el imputado, con el objetivo de acceder carnalmente a la víctima, consiguió despojarla de sus vestimentas mediante diversas agresiones. El imputado no consiguió acceder carnalmente a la víctima, debido a la resistencia que esta opuso. Posteriormente, el imputado golpeó a la víctima en la cabeza y, aprovechando su estado de indefensión, la arrastró hasta una poza de agua contigua y la arrojó en ella, provocando su muerte por inmersión.

Respecto a la calificación jurídica que dicho hecho merecía, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal resolvió que los hechos acreditados configuraban un delito tentado de violación en concurso real con un delito de homicidio simple. Lo anterior por cuanto, en opinión del tribunal, para tener por configurado el delito de violación con homicidio es necesario que tanto la violación como el homicidio se encuentren consumados, exigencia que se desprendería de la expresión “cometiere además homicidio”, contenida en el propio artículo 372 bis⁴⁹. Como se puede apreciar, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena acoge, de esta manera, el planteamiento de los profesores Rodríguez Collao y Aguilar.

En mi opinión, el argumento de que la ley excluiría la posibilidad de aplicar las reglas sobre *iter criminis* al delito de violación con homicidio, al haber utilizado la expresión “cometiere además homicidio”, no resulta correcto.

En primer lugar, el argumento literal carece de fuerza suficiente para excluir la aplicación de las reglas sobre *iter criminis*, pues la parte especial únicamente describe supuestos de hecho que, de ser efectiva y completamente materializados por una persona, merecen ser calificados como consumados. Luego, determinar la tentativa o frustración de estos supuestos de hecho depende de las reglas generales contenidas en el artículo 7 del Código Penal, las cuales se deben poner en relación, precisamente, con las descripciones delictivas contenidas en la parte especial⁵⁰. Si los tipos tentados y frustrados son considerados como hipótesis típicas supeditadas al tipo consumado, como en realidad lo son, los primeros constituyen, en

⁴⁸ AGUILAR ARANELA, Cristián, cit. (n. 7), p. 66.

⁴⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, rit 115-2015, de 12 de mayo de 2015, Considerando 5.

⁵⁰ ESCOBAR VEAS, Javier, cit. (n. 17), p. 305; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 15), pp. 206-207.

realidad, el mismo tipo penal, sólo que en una etapa de ejecución incompleta. Por consiguiente, cuando la ley habla de “homicidio”, no excluye necesariamente el “homicidio tentado o frustrado”. La voz homicidio sería, entonces, un género que cobijaría los distintos estados de ejecución⁵¹.

En segundo lugar, existe actualmente, en mi opinión, un argumento decisivo en favor de la posibilidad de aplicar las normas sobre *iter criminis* al delito de violación con homicidio. El artículo 1, inciso primero, de la Ley N° 21.057, sobre entrevistas videograbadas y otras medidas de protección, publicada en enero de 2019, dispone que esta ley tiene por objeto regular la realización de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial, con la finalidad de prevenir la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de determinados delitos que la misma norma indica. Uno de los delitos mencionados es, precisamente, el delito de violación con homicidio. De esta manera, pareciera obvio que el legislador chileno sí considera posible apreciar un delito de violación con homicidio en estado de ejecución imperfecto, pues solamente en este caso la víctima habrá sobrevivido.

Si, como sostienen Rodríguez Collao y Aguilar, el delito de violación con homicidio solamente pudiera configurarse si el autor lo hubiere consumado, no tendría ningún sentido que el legislador lo hubiese incorporado en el inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 21.057, pues la víctima se encontraría fallecida. De esta manera, es razonable concluir que el legislador chileno, al incorporar el delito del artículo 372 bis en el listado del inciso primero del artículo 1 de la Ley N° 21.057, entendía que la víctima había sobrevivido al brutal ataque, circunstancia que no impide calificar el hecho a título de violación con homicidio.

Ahora bien, a fin de apreciar un delito de violación con homicidio tentado o frustrado, será necesario, en todo caso, que se acredite que el imputado dio principio de ejecución a ambos delitos. De esta manera, si el imputado ha consumado el delito de violación, pero todavía no ha iniciado la ejecución del delito de homicidio, no corresponderá sancionarlo como autor de tentativa de violación con homicidio, independientemente de si su intención era efectivamente acabar con la vida de la víctima. Del mismo modo, si el autor del delito de violación no tenía dolo homicida, no corresponderá sancionarlo como autor de tentativa de violación con homicidio, sin perjuicio de que la violencia ejercida para consumar la violación le haya provocado lesiones a la víctima⁵².

⁵¹ ESCOBAR VEAS, Javier, cit. (n. 17), p. 305.

⁵² MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 15), p. 207.

V. CONCLUSIONES

El delito de violación con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 372 bis del Código Penal, contempla la pena más alta establecida en nuestro sistema punitivo.

El fundamento de la figura en estudio sería de naturaleza político criminal, pues su existencia obedecería al propósito del legislador de sancionar con la máxima severidad una hipótesis de violación brutal y desalmada, llevada a cabo por una persona que, además de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, ocasiona su muerte.

Respecto a sus elementos objetivos, el delito del artículo 372 bis no solamente exige que el autor haya cometido tanto un delito de violación como un delito de homicidio, sino que se requiere, además, que este último haya sido cometido con ocasión del primer ilícito. Desde mi perspectiva, este requisito debe ser interpretado como una exigencia de que la violación y el homicidio se cometan en un mismo contexto espacio temporal. Por consiguiente, no es necesario que ambos delitos se cometan de manera simultánea. Del mismo modo, debe rechazarse la tesis que demanda que el delito de homicidio sea cometido con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del delito de violación. Tal interpretación, además de restringir en demasía el campo de aplicación del delito de violación con homicidio, no es compatible con otras disposiciones legales en que el legislador ha también utilizado la expresión “con ocasión”, como acontece, por ejemplo, en el caso del delito de violación cometida con ocasión de un delito de robo, prevista y sancionada en el artículo 433.

Sobre los elementos subjetivos del delito de violación con homicidio, ambas hipótesis delictivas deben haber sido cometidas con dolo.

Finalmente, con relación a la posibilidad de aplicar las normas generales sobre *iter criminis* al delito de violación con homicidio, en mi opinión el debate ha sido resuelto expresamente con la publicación de la Ley N° 21.057. En efecto, el inciso primero del artículo 1 de este cuerpo normativo dispone que los niños, niñas y adolescentes víctimas de determinados delitos, entre los cuales se ha incluido la violación con homicidio y el robo con homicidio, prestarán declaración en el proceso penal a través de un sistema especial de protección. Lo anterior significa que el legislador entiende que la víctima de un delito de violación con homicidio puede sobrevivir al brutal atentado en su contra, único caso en que tendría sentido regular la modalidad en que ella prestará declaración en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos Sexuales* (2ª edición, Santiago, Editorial Metropolitana, 2012).
- ÁLVAREZ FRANCISCO y VENTURA, Arturo, *Delitos contra la vida humana independiente homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)*, en QUINTERO, Gonzalo (director), *Comentario a la reforma penal del 2015* (Navarra, Aranzadi Thompson, 2015), pp. 313-332.
- BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2018).
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal* (4ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018), III.
- CARBONELL Juan Carlos, *Lección II. Homicidio y sus formas (I) Homicidio*, en GONZÁLEZ, José Luis (coordinador), *Derecho Penal Parte Especial* (6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 43-60.
- CASALS, Ángela, *Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 74 (2021), pp. 583-606.
- ESCOBAR VEAS, Javier, *Problemas Dogmáticos Relacionados con el Delito de Violación con Homicidio: Comentario a la Sentencia Rit 115-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 24 (2017) 1, pp. 299-312.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III.
- FERNÁNDEZ, Gabriel, *Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo*, en *Revista Misión Jurídica* 12 (2019) 16, pp. 163-195.
- FRISCH, Wolfgang, *Estudios sobre Imputación Objetiva*, (Santiago, Thomson Reuters, 2012).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal Parte Especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III.
- MARTOS, Juan Antonio, *El delito de asesinato. Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2017).
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial* (23ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021).
- OLIVER, Guillermo, *Delitos contra la Propiedad* (Santiago, Thomson Reuters, 2013).

- QUERALT, Joan, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015).
- REAMER, Frederic, *Heinous Crime: Cases, Causes and Consequences* (New York, Columbia University Press, 2005).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Robo con Homicidio*, en *Revista de Estudios de la Justicia* II (2009), pp. 131-151.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *La muerte de la víctima con ocasión de un atentado sexual*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (2010) I, pp. 163-185.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas, 1997), I.
- VIVANCO, Jaime, *El Delito de Robo con Homicidio* (Santiago, Legal Publishing, 2009).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1086-2016, de 16 de mayo de 2016.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 129-2014, de 3 de junio de 2014.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, de 12 de marzo de 2013.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, rit 225-2021, de 7 de diciembre de 2021.
- 1º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rit 191-2015, de 16 de septiembre de 2015.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, rit 115-2015, de 12 de mayo de 2015.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, rit 132-2012, de 23 de enero de 2013.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, rit 7-2008, de 25 de marzo de 2008.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, rit 230-2004, de 9 de diciembre de 2004.
- Tribunal Supremo de España, sentencia 418-2020, de 21 de julio de 2020.

SOBRE EL AUTOR

Javier Escobar Veas es abogado, doctor en Derecho por la Università Luigi Bocconi, Italia, y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, por la Universidad Diego Portales, Chile. Además, es profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Su correo electrónico es javier.escobar@mail.udp.cl. <https://orcid.org/0000-0001-9266-0396>.