

MUJERES EN LAS CIENCIAS PENALES

**UNA MIRADA DESDE EL CONTEXTO
JURÍDICO CHILENO
EN LAS PRIMERAS DÉCADAS
DEL SIGLO XXI**

**LAURA MAYER LUX - TATIANA VARGAS PINTO
COORDINADORAS**



THOMSON REUTERS

MUJERES EN LAS CIENCIAS PENALES
UNA MIRADA DESDE EL CONTEXTO JURÍDICO CHILENO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XXI

© LAURA MAYER LUX - TATIANA VARGAS PINTO (COORDINADORAS)

2020 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-8810 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 161 - 6

1ª edición noviembre 2020 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

	Página
Presentación	V
ESTUDIO INTRODUCTORIO	
Mujeres y derecho penal	3
<i>María Inés Horvitz Lennon</i>	
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA	
Desorden urbano y geografías de exclusión: regulación del orden y vigilancia de incivildades	33
<i>Paz Irarrázabal González</i>	
Tomándose en serio las penas sustitutivas	73
<i>Ana María Morales Peillard y Catalina Bustamante Vargas</i>	
Análisis de una interpretación del concepto de “consumo personal de drogas exclusivo y próximo en el tiempo” según información criminológica.....	107
<i>Rocío Sánchez Pérez</i>	
DERECHO PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL	
Referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las sentencias de la Corte Suprema chilena (2004-2019) en materia de crímenes de lesa humanidad y de guerra.....	147
<i>Claudia Cárdenas Aravena y Karinna Fernández Neira</i>	

La regulación de la prostitución infantil en el Derecho Internacional, con especial atención a los sujetos involucrados.....	193
<i>María Cecilia Ramírez Guzmán</i>	

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA

Las fronteras del derecho a castigar. Consideraciones sobre la legitimidad del castigo a extranjeros.....	243
<i>Rocío Lorca Ferreccio</i>	
El momento comunicativo de la pena en la filosofía del derecho de Hegel	265
<i>Andrea Pinto Bustos</i>	
“Siento luego actúo”. Una reflexión sobre emociones e imputación penal a propósito del miedo desde la regulación penal chilena	297
<i>Tatiana Vargas Pinto</i>	

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

La administración desleal como defraudación.....	321
<i>Laura Mayer Lux</i>	
La regulación de los artefactos explosivos e incendiarios en la Ley N° 17.798. Especial referencia al art. 14 D.....	373
<i>Myrna Villegas Díaz y Mariana Bell Santos</i>	
El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de <i>lege ferenda</i>	403
<i>María Elena Santibáñez Torres</i>	
Corrupción y género: ¿insuficiencia de los tipos penales de la legislación chilena para abordar la sextorsión?	449
<i>Angélica Torres Figueroa</i>	

DERECHO PROCESAL PENAL

Razones para la duda. Una necesaria reelaboración del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable en el derecho chileno.....	479
<i>María Soledad Krause Muñoz</i>	

	Página
Fundamentos normativo-dogmáticos para una “valoración negativa” de prueba ilícita en juicio oral. Consideraciones a propósito del denominado “Caso Armas de San Antonio” <i>Agustina Alvarado Urizar</i>	505
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	557

LA REGULACIÓN DE LOS ARTEFACTOS EXPLOSIVOS E INCENDIARIOS EN LA LEY N° 17.798. ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 14 D

MYRNA VILLEGAS DÍAZ*
MARIANA BELL SANTOS**

RESUMEN: La Ley N° 20.813 de 2015 reformó la Ley N° 17.798 sobre control de armas, introduciendo en forma expresa una figura (art. 14 D) que sanciona el uso de artefactos explosivos e incendiarios, conducta que hasta entonces solo estaba contemplada en la Ley N° 18.314 de Conductas Terroristas, debiendo reconducirse su uso a una actividad anterior que la supusiera, tales como la tenencia y porte, contenidas en los arts. 13 y 14 de la Ley N° 17.798. La reforma a su vez estableció penas diferenciadas en relación con el lugar en donde se emplea esta clase de artefactos, asignando penas atenuadas respecto de los artefactos explosivos e incendiarios confeccionados con pequeñas cantidades de elementos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tratamiento atenuado que extiende a las conductas de fabricación, transporte y almacenamiento de los mismos, entre otras (art. 10 inciso segundo). El trabajo procura examinar el art. 14 D, con especial énfasis en su objeto material; devela la desproporcionalidad en las penas en relación con las conductas de porte y tenencia de artefactos explosivos e incendiarios (art. 3° de la Ley N° 17.798) puestas en vinculación con las conductas de uso de los mismos (art. 14 D) y ofrece una interpretación racional favorable a la aplicación del art. 10 inciso segundo de la misma ley.

PALABRAS CLAVE: artefactos explosivos, artefactos incendiarios, bombas molotov.

* Es Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, Abogada por la Universidad de Chile y Profesora asociada en el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

** Es Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Ayudante del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1170068: “La ley de control de armas y sus reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, en el cual ambas autoras participan, siendo Investigadora Responsable Myrna Villegas Díaz. Se agradece al Poder Judicial, a la Fiscalía Nacional y a la Defensoría Penal Pública por los datos estadísticos entregados y la posibilidad de realizar entrevistas.

1. ANTECEDENTES

La regulación de los artefactos explosivos e incendiarios se encuentra dispersa en el ordenamiento jurídico penal chileno, pudiendo encontrarse tanto en leyes especiales como en el CP¹. Dentro de las primeras está la Ley N° 17.798 sobre control de armas y la Ley N° 18.314 de Conductas Terroristas, que sancionan, la primera su posesión, porte y uso, y la segunda su uso, pero en forma más grave por las características terroristas de su comisión.

La prohibición de la posesión de artefactos explosivos e incendiarios se encuentra en el art. 3° de la Ley N° 17.798. La primera vez que se incorporaron los artefactos incendiarios, tales como las bombas molotov, al espectro de armas prohibidas fue en 2005, mediante la Ley N° 20.014, de la mano de las políticas criminales que pretendían resguardar la seguridad ciudadana y el orden público.

De esta forma, automáticamente pasaron a quedar incluidas dentro de las disposiciones que castigan la tenencia y el porte de armas prohibidas en los arts. 13 y 14 de la Ley N° 17.798. Sin embargo, hasta 2015, el uso o colocación de estos artefactos estaba tipificado únicamente en la Ley N° 18.314 de Conductas Terroristas. Además, el envío de cartas o encomiendas explosivas hasta 2015 estuvo regulado en el art. 403 bis del CP y en la Ley N° 18.314. Tras la reforma de la Ley N° 20.813 dicho artículo fue derogado e incluido en la Ley de Control de Armas. Asimismo, esta reforma incluyó una disposición que sanciona en forma atenuada la fabricación, transporte y almacenamiento de artefactos explosivos e incendiarios de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov (art. 10 inciso segundo), entre otras conductas referidas a ellos.

En este punto, cabe resaltar que uno de los aciertos de la reforma fue la inclusión de un tipo penal de colocación, activación, detonación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, pues vino a colmar un vacío legal toda vez que la colocación, lanzamiento y otras conductas, de artefacto

¹ Art. 2° N° 4 en relación con el art. 1° de la Ley N° 18.314, art. 14 D de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, art. 496 N° 12 del CP. Otras figuras relacionadas lo fueron el hoy derogado art. 403 bis del CP y el actual art. 481 del CP, que tipifica un acto preparatorio de los delitos de incendio y estragos que pudiera tener como medio de comisión uno de dichos artefactos. Ampliamente, CORTÉS (2018), pp. 105-132.

explosivo o incendiario, solo estaba en la Ley N° 18.314². Ello determinaba que, cada vez que se cometía esa clase de conducta, la investigación se iniciase de conformidad con el procedimiento de la ley antiterrorista.

El tipo penal de colocación, lanzamiento, activación o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios en su carácter terrorista, se satisface cada vez que se ejecuta la conducta con la finalidad de causar temor a la población o parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie. Para lo cual el legislador entrega ciertos indicios objetivos que permitirían inferir la finalidad en el agente, tales como la naturaleza y efectos de los medios empleados, o la evidencia de que el comportamiento obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo de personas, o porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (art. 1° en relación con el art. 2° N° 4 de la Ley N° 18.314). Sin esta finalidad –técnicamente, un elemento subjetivo del tipo– la conducta no puede calificarse como terrorista. Esta figura es un tipo penal autónomo, pues no tiene correlato en la ley penal común, como sí lo tiene, por ejemplo, el homicidio terrorista, en donde la Ley N° 18.314 de Conductas Terroristas hace un reenvío expreso a la norma del art. 391 del CP para tipificarlo.

La problemática sobre la inexistencia de un tipo penal común paralelo o un delito base y, por lo tanto, la atipicidad de la conducta que se presentaba antes de la reforma, cuando no se lograba probar la finalidad terrorista, se discutió arduamente a lo menos en dos oportunidades. La primera vez en el caso de un joven perteneciente a un colectivo anarquista que colocó un artefacto explosivo casero hecho con un extintor y pólvora negra en la puerta de una sucursal bancaria a altas horas de la noche (junio de 2011). Mientras estaba colocándolo, el artefacto le explotó en las manos. A consecuencia de ello, resultó amputado, y con diversas quemaduras en otras partes del cuerpo. En el fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmando la decisión del Tribunal Oral en lo Penal, determinó que no se trataba de una conducta terrorista por insuficiencia del elemento subjetivo del tipo exigido por el art. 1° de la Ley N° 18.314, dado que no logró acreditarse la finalidad de causar temor en la población en el agente, sino únicamente la de causar daños a la sucursal bancaria³. Luego, al

² WINTER (2013), p. 271 y VILLEGAS (2016a), p. 22.

³ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ L.P.S. (2012b).

no existir un tipo penal común paralelo al establecido en el art. 2° N° 4 de la Ley N° 18.314, la conducta era atípica⁴. No obstante, el fallo del TOP confirmado por la Corte de Apelaciones, no optó por la atipicidad de la conducta, sino que, realizando una interpretación que atendía a los momentos previos a la colocación, condenó al acusado por los delitos de posesión de artefacto explosivo y daños, indicando que la colocación suponía la posesión del artefacto⁵.

De esta forma, pareciera ser que, en opinión del tribunal, la colocación de bombas y artefactos explosivos o incendiarios quedaba consumida por el delito de posesión ilegal, como una especie de agotamiento de este último delito, y se presentaba en concurso con el delito de daños, discutiéndose si se trataba de un concurso aparente o de un concurso de delitos real o medial⁶.

En otro caso, ocurrido poco tiempo después del anterior (noviembre de 2011), un sujeto colocó un artefacto explosivo de fabricación artesanal compuesto de un extintor con pólvora negra y tetryl en su interior, también durante la noche, a las afueras de una sucursal bancaria. El artefacto se activó y detonó de forma anticipada, causando daños y un trauma acústico a quien lo colocó⁷. El Tribunal Oral en lo Penal en su sentencia⁸ razonó en cuanto a la calificación terrorista de una forma similar al primer caso mencionado, no dando por acreditado el elemento subjetivo; acogiendo también una interpretación del tipo penal que atendió al concepto constitucional de terrorismo⁹. En este caso, se condenó por el delito de tenencia de artefacto explosivo del art. 13 de la Ley N° 17.798 y por el delito de daños.

La Corte Suprema descartó el concurso aparente por cuanto a su juicio se identificaron dos hechos diferentes, el porte del artefacto explosivo por un lado, y la colocación y detonación del mismo artefacto que provocó

⁴ VILLEGAS (2013).

⁵ JOSÉ IGNACIO CUESTA EZQUERRA c/ L.P.S. (2012a). El TOP calificó los hechos como delito de posesión de bombas del art. 3°, inciso tercero de la Ley N° 17.798 y delito de daños en perjuicio del Banco Santander Chile S.A. (art. 487 CP). Lo condenó por ambos delitos además del delito de conducción de vehículo motorizado con placa patente perteneciente a otro.

⁶ WINTER (2013), p. 272.

⁷ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ H.N.S. (2013b).

⁸ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ H.N.S. (2013a).

⁹ VILLEGAS (2016b), pp. 295-319. Véase también AGUIRRE y BUSTOS (2014), pp. 173-201.

los daños en la sucursal bancaria, por el otro, agregando que “en lo que interesa a los daños, en el período anterior a que el acusado se dispusiera a instalar el dispositivo incendiario en el local siniestrado, no se identifica ningún hecho de vinculación inequívoca a ese delito, pues el acusado podía haber conservado el artefacto en su domicilio, simplemente llevarlo en la vía pública para trasladarlo a otro escondite, o abandonarlo sin detonarlo. Nada se había exteriorizado por el acusado antes de iniciar la colocación que permitiera aseverar que se iban a ocasionar destrozos con ese aparato explosivo, y por tanto, nada facultaba para apreciar un hecho delictivo diverso al de su mera tenencia”¹⁰.

En este caso, a diferencia del anterior, la colocación del artefacto y su detonación no fue considerada como una especie de agotamiento del delito de tenencia del artefacto, sino que se calificó como dos delitos diferentes. Luego, con mayor razón, la conducta de colocar el artefacto aparecía como atípica fuera de la Ley Nº 18.314 de Conductas Terroristas, pues hasta entonces, la única norma que la contenía era el art. 2º Nº 4 de dicha ley. Y si no lograba acreditarse el elemento subjetivo (finalidad terrorista), la colocación como tal no podía ser sancionada. Ello, sin perjuicio de los delitos a que dicha colocación diere lugar, por ejemplo, daños, en el caso que el artefacto detonara, o la tenencia en el caso que llegara a acreditarse, pues no toda colocación supone la tenencia, como ocurre, por ejemplo, cuando un tercero es quien tiene y porta el artefacto, y se lo entrega a otro para que éste, acto seguido lo coloque. Esa “tenencia fugaz”, que precede a la colocación inmediata, en virtud del principio de consunción, no podría ser considerada tenencia punible en forma autónoma.

Por ello, haciéndose cargo de este problema, la Ley Nº 20.813 introdujo, como delito común, un tipo penal de colocación, activación, detonación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, que vino a colmar el vacío legal descrito cuando no se probaba la finalidad terrorista.

En este sentido, la actual Ley Nº 17.798, modificada por la Ley Nº 20.813, introdujo el art. 14 D, cuyos incisos primero, segundo y tercero sancionan en forma expresa a quien colocare, enviare, activare, detonare, disparare o hiciere explosionar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos. Esto permitiría una mayor razonabilidad en la persecución penal, no siendo necesario invocar como *prima ratio* la

¹⁰ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ H.N.S. (2013b).

Ley de Conductas Terroristas al momento de la formalización, considerando que el procedimiento por el cual se rige la investigación por delitos de terrorismo contiene una serie de restricciones a las garantías, así como alteraciones a las reglas sustantivo-penales y procesales ordinarias. Lo grave es que, en la mayoría de los casos investigados, a través de dicho procedimiento, se determinó en la sentencia que se trataba de delitos comunes y no de carácter terrorista¹¹. Ello muestra que la Ley de Conductas Terroristas ha sido más bien usada como herramienta procesal para facilitar la investigación de ciertos delitos, sin importar si finalmente ellos eran o no calificados como terroristas¹².

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El art. 14 D incisos primero, segundo y tercero de la Ley N° 17.798 dispone:¹³

“El que colocare, enviare, activare, arrojar, detonare, disparare o hiciere explosionar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, o dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos de los allí señalados, la pena será presidio mayor en su grado mínimo.

Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las

¹¹ VILLEGAS (2018), pp. 501-547.

¹² *Ibidem*, p. 543.

¹³ No se incluye el inciso cuarto de esta disposición por cuanto tipifica una figura diferente, el disparo injustificado.

bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo”.

Pareciera que no hay un solo bien jurídico protegido en los tres primeros incisos del art. 14 D, lo que no significa que se trate de un delito pluriofensivo. Dado que no exige un resultado de lesión, sino que basta para satisfacer cualquiera de las hipótesis delictivas la realización de la conducta riesgosa, estamos ante un delito de peligro.

Si miramos la descripción típica contenida en los incisos primero y segundo, incluido el delito de envío de cartas o encomiendas explosivas, lo resguardado es la seguridad colectiva, entendiendo por tal un estado de cosas en el que no exista la libre circulación de este tipo de elementos por el riesgo que acarrearán para la vida e integridad física de personas. En este sentido, y tratándose del envío de cartas y encomiendas explosivas, que antes de la Ley Nº 20.813 estaba contenido en el art. 403 bis del CP, en el párrafo dedicado a las lesiones corporales, MATUS y RAMÍREZ¹⁴ estimaron, correctamente, que se trataba de un delito de peligro para la vida y salud de personas indeterminadas, más cercano a los delitos de peligro común de incendio y estragos, que a los de lesiones. Es decir, estos autores, correctamente identificaron como bien jurídico protegido algo similar a lo que hemos definido como seguridad colectiva.

Mientras que respecto del art. 14 D inciso tercero (uso de artefacto explosivo de bajo poder expansivo como bombas molotov y artefactos caseros) se protege el orden público, cuyo concepto, como se sabe, es bastante discutido por su amplitud, y se ha identificado con “aquello que se presenta como la identidad normativa de una sociedad [...] se vale de instituciones y atiende a lo que se considera esencial para mantener la convivencia”¹⁵. Esta amplitud definitoria posibilita que, con el pretexto de resguardar el orden público, se justifique la intervención penal “contra todo aquello que el poder constituido define como desorden”,¹⁶ y si ese poder constituido tiene problemas de legitimidad, hay una contradicción con los principios que legitiman la intervención penal en un Estado democrático.

¹⁴ MATUS y RAMÍREZ (2014), pp. 188-189.

¹⁵ YACOBUCCI (2016), p. 107.

¹⁶ CAVALIERE (2013), pp. 15-16.

3. LA CONDUCTA

La conducta típica del art. 14 D posee siete verbos rectores, sin definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, así como tampoco en el derecho comparado, por lo que se debe acudir a su sentido natural y obvio según la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

Colocar: poner algo en su debido lugar.

Enviar: hacer que algo se dirija o sea llevado a alguna parte.

Activar: hacer que se ponga en funcionamiento un mecanismo.

Arrojar: impeler con violencia algo, de modo que recorra una distancia, movido por el impulso que ha recibido.

Detonar: Iniciar una explosión o un estallido.

Disparar: Dicho de un arma: despedir su carga. Arrojar o despedir con violencia algo. Hacer funcionar un disparador.

Explosionar: Provocar o hacer explosión.

En este caso, podemos observar una técnica legislativa de “tipo mixto o de tipicidad reforzada”,¹⁷ que busca abarcar todas las hipótesis conductuales posibles, pese a que se usan verbos que pueden inducir a confusión dependiendo del tipo de objeto material utilizado. Por ejemplo, es difícil diferenciar entre los verbos explosionar y detonar, pues la detonación podría quedar comprendida en la explosión, salvo que el artefacto se detonare y no explosare. Es interesante mencionar que, desde la reforma del año 2015, los verbos rectores invocados al aplicar este tipo penal son los de colocar, activar y arrojar,¹⁸ que son los que más aprehenden el “uso” de un artefacto explosivo.

4. OBJETO MATERIAL: DEFINICIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO Y ARTEFACTO INCENDIARIO

El objeto material descrito en el inciso primero del art. 14 D son las “bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos”, y en el inciso tercero los “artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales

¹⁷ BASCUR (2017), p. 590.

¹⁸ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ M.A.B. (2016) y MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ P.A.R. (2019).

sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares”.

4.1. Artefacto explosivo

No existe una definición legal de “artefacto explosivo” y, por ende, no puede saberse con exactitud cómo diferenciarlo de otros elementos tales como la carta o encomienda explosiva, que también pudiere ser un artefacto. Esta indefinición genera un efecto indeseado en la jurisprudencia, pues en alguna ocasión ha hecho sinónimos los artefactos explosivos con los incendiarios¹⁹.

Un artefacto es, según la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, un “objeto, especialmente una máquina o un aparato, construido con una cierta técnica para un determinado fin”.

El art. 207 del Reglamento de la Ley de Control de Armas señala: “Se considerará explosivo a toda sustancia o mezcla de sustancias químicas, sólidas o líquidas, que por la liberación rápida de energía produce o puede producir, dentro de un cierto radio, un aumento de presión y generación de calor, llama y ruido.

Del mismo modo, se considerarán como tales, aquellos elementos que sean cargados con explosivos como bombas, granadas, minas, misiles, cohetes o cartuchos”.

Asimismo, en el art. 208 se hace referencia a la “sustancia química”: “Los productos químicos sujetos a control son aquellas sustancias o elementos sólidos o líquidos, cuya combinación o transformación, mediante proceso físico o químico, llegue a convertirlo en explosivo, o bien, en materia prima o componente esencial de éste”.

Como puede observarse, la definición de explosivo en el ordenamiento jurídico penal chileno es bastante amplia. El legislador indica que “se consideran” explosivos no solo las sustancias o mezclas de sustancias,

¹⁹ C/ JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR (2019). “Considerando séptimo: (...) En la especie, el amparado fue debidamente informado que la investigación seguida en su contra, comprendía tanto los desórdenes públicos como el porte de un artefacto explosivo tipo molotov (...). Pese a esta frase, más adelante en el considerando octavo, el mismo tribunal indica que la molotov es un artefacto incendiario”.

sino, además, el elemento que las contiene (bombas, granadas, etc.). Y la sustancia química sujeta a control es solo aquella que es capaz de transformarse en explosivo.

Este explosivo, al cual hace referencia la Ley N° 17.798, no puede ser confundido con aquel a que hace referencia el art. 2° N° 4 de la Ley N° 18.314, por cuanto, respecto de este último, existe norma expresa en Tratados Internacionales. Así, el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, suscrito y ratificado por Chile, indica en su art. 1° N° 3:

“Por ‘artefacto explosivo u otro artefacto mortífero’ se entiende:

a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales, o

b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”.

Luego, para la tipificación de los delitos de terrorismo, el artefacto explosivo se define no tanto por su sustancia, sino por su finalidad. En palabras de CORTÉS: “No pareciera exigirse en principio ninguna cualidad objetiva más allá de su aptitud para causar la muerte o graves lesiones corporales a seres humanos, efecto que en rigor no requiere de un poder destructivo tan grande, en la medida que la intención que está detrás de la planificación y ejecución del delito apunte a causar este tipo de resultados”²⁰.

Debe considerarse además que para que se satisfaga el injusto penal de terrorismo, el tipo penal exige un elemento subjetivo consistente, como ya se dijo, en la finalidad en el agente de causar temor a la población o a parte de ella de ser víctimas de delitos de la misma especie. Por tanto, es posible afirmar que el artefacto explosivo a que hace referencia el art. 2° N° 4 de la Ley de Conductas Terroristas es un aparato que, conteniendo una sustancia con la capacidad de producir un aumento de presión, calor, llama y ruido, genere dichos efectos y que a través de ellos pueda ocasionar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales.

²⁰ CORTÉS (2018), p. 109.

En cambio, el artefacto explosivo a que hace referencia el art. 14 D es un aparato que contiene un explosivo, esto es, una sustancia o mezcla de sustancias químicas, sólidas o líquidas, que por la liberación rápida de energía produce o puede producir, dentro de un cierto radio, un aumento de presión y generación de calor, llama y ruido. Pero no se requiere que obedezca a los propósitos descritos en el Convenio antes citado, por cuanto este hace referencia solo a los atentados terroristas.

La diferencia entre los artefactos descritos en el inciso primero y el inciso tercero de la Ley N° 17.798, dice relación con la naturaleza de la sustancia que conforma el explosivo, pues si este está confeccionado con elementos de libre venta al público y es de bajo poder expansivo, tiene una penalidad menor. Estos últimos se diferencian de los objetos materiales descritos en el art. 496 N° 12 CP, por cuanto ellos no parecen producir llama, sino solo ruido²¹.

Cabe señalar que la Resolución Exenta N° 96, de 20 de febrero de 2017, de la Dirección General del Ministerio de Defensa, que “Establece disposiciones y listados, para la actualización permanente de productos explosivos y sustancias químicas sometidas a control de la Ley N° 17.798 sobre ‘Control de Armas’ y su reglamento complementario”, contiene un listado de productos explosivos y sustancias químicas, sometidas a control, las que van actualizándose. Nos encontramos ante el clásico problema de las leyes penales en blanco relativo a la determinación parcial de la conducta prohibida, y su complemento a través de una norma de inferior jerarquía, que está en permanente revisión, lo que es de dudosa constitucionalidad por su contravención con el principio de estricta legalidad en materia penal, tal y como se ha discutido largamente en la doctrina.

Con todo, dicha resolución es una herramienta para el juez, ya que en caso de duda le permite determinar si lo que constituye el objeto material del delito es o no una sustancia química o un producto explosivo sujeto a control. En este sentido, dicha determinación será relevante respecto de artefactos de bajo poder lesivo del art. 14 D inciso tercero, pues la resolución exenta indica expresamente que no se incluyen aquellas sustancias químicas controladas de baja peligrosidad y consumo masivo, cuya fiscalización

²¹ *Vid. infra* 5. Problemas concursales.

recae en las empresas responsables de su fabricación, comercialización, manipulación y transporte²².

4.2. *Artefactos incendiarios y otros*

Además del artefacto explosivo, el art. 14 D refiere como tales a los artefactos incendiarios, corrosivos, tóxicos o infecciosos.

El artefacto incendiario es aquel que tiene la capacidad de incendiar, entendiéndose por tal, “prender fuego a algo que no debería quemarse”²³. Tóxico es el “que contiene veneno o produce envenenamiento”. Corrosivo, el “que corroe o tiene la propiedad de corroer”, correspondiendo este último vocablo a “desgastar lentamente algo como royéndolo”. Y, finalmente, infeccioso el “que causa infección”,²⁴ es decir, “resultar invadido por microorganismos patógenos”.

Debe precisarse que el legislador hace referencia a “artefactos” de esta naturaleza, de manera tal que no se satisface el tipo con la mera presencia de la sustancia o de los elementos destinados a su fabricación, sino que se exige que ella esté contenida en un artefacto que permita su utilización. En el caso del uso de las sustancias tóxicas, sin un aparato que las contenga, podríamos estar en presencia de otras figuras, por ejemplo, la infección de aguas del art. 315 del CP. Respecto de sustancias corrosivas podríamos estar en presencia de la falta del art. 494 N° 17 CP, que sanciona a quien quebrantare los reglamentos de custodia, conservación y transporte de materiales inflamables, corrosivos o productos químicos.

Respecto de los elementos infecciosos, ellos no están sujetos al control de la Dirección General de Movilización Nacional,²⁵ ni tampoco aparecen mencionados en el art. 3° como elementos prohibidos, por lo que su tenencia y porte son atípicos.

²² Señala al respecto la Resolución Exenta N° 96 que: “Se ha omitido la inclusión en el listado de sustancias químicas controladas, aquellas de baja peligrosidad y consumo masivo, por lo que recaerá en las empresas responsables, la fiscalización en lo que respecta a su fabricación, comercialización, manipulación y transporte”.

²³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

²⁴ Todas definiciones de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

²⁵ CEA y MORALES (2018), p. 183.

Las “bombas molotov”, si bien están mencionadas expresamente en los arts. 14 D inciso tercero y 10 inciso segundo, no están definidas en la ley, pero se entienden como artefactos incendiarios, y dentro de ellos, como aquellos de bajo poder expansivo, cuyo componente principal es una pequeña cantidad de combustibles de libre venta al público. Así lo ha entendido la jurisprudencia: “Que, en efecto, el término legal ‘bomba molotov’ o también conocido como ‘cóctel molotov’, es la denominación popular que suele darse a una bomba incendiaria casera hecha con una botella con líquido inflamable cerrada y una mecha”²⁶. “(...) el ‘porte de un artefacto incendiario conocido como bomba molotov, compuesta de una botella de vidrio, una mecha de tela y en su interior líquido combustible gasolina”²⁷.

Finalmente, el art. 14 D, en su inciso tercero, como se indicó anteriormente, distingue respecto del mayor o menor poder expansivo de los artefactos mencionados, otorgando un tratamiento atenuado a los que se componen de pequeñas cantidades de combustible u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, ejemplificando con las bombas molotov y similares. En este caso, es tarea del juez determinar la mayor o menor letalidad y/o poder expansivo, siendo fundamentales los informes periciales.

4.3. *Cartas o encomiendas explosivas*

Dentro de los objetos materiales del art. 14 D, se agrega al final del inciso primero las “cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo”. Las cartas o encomiendas explosivas perfectamente pueden ser un “artefacto” explosivo en sí mismo, por ejemplo, una carta cuyo mecanismo de detonación se active al abrirla, o contener ellas dentro de sí un artefacto, como una caja de cartón que en su interior tenga un artefacto. Lo que diferencia las hipótesis delictivas iniciales descritas en el art. 14 D inciso primero, es la forma de realización de la conducta. Si la conducta consiste en “enviar” una carta o encomienda, sea que esta sea en sí misma un explosivo o que

²⁶ MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS ANA C/ M.A.B. (2016). Considerando quinto.

²⁷ C/ JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR (2019). Considerando octavo.

en su interior contenga un explosivo, el principio de especialidad obliga a ubicarla en esta conducta y no en la genérica.

5. HIPÓTESIS DELICTIVAS Y TIPO SUBJETIVO

El art. 14 D distingue a efectos de la pena el lugar de ejecución de la conducta, según ella se lleve a cabo “en, desde o hacia” la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, “o dentro de o en contra de” medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes. En este caso la pena es de presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años de privación de libertad).

Como se observa, el legislador describe lugares públicos o que cumplan con una determinada función social, e incorpora una cláusula de apertura del tipo penal al hacer referencia a “otros lugares u objetos semejantes”. Por ejemplo, el caso de establecimientos privados que cumplen determinada función, como colegios o iglesias, que restrinjan el acceso solo a los miembros de su comunidad.

La segunda hipótesis establece una pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando las conductas se realicen “en, desde o hacia” lugares u objetos distintos a los indicados. Como, por ejemplo, una casa particular, una iglesia cerrada durante la noche, un estacionamiento privado o una oficina, siendo en este caso indispensable probar que efectivamente no existe un libre acceso.

Respecto de los artefactos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, el inciso tercero realiza la misma distinción en atención al lugar de ejecución de la conducta para efectos de su penalidad, pero en forma atenuada. Si la conducta se lleva a cabo en los lugares a que se refiere el inciso primero (lugares “públicos”) la pena es de presidio menor en su grado máximo, y si se ejecuta en lugares u objetos distintos de los señalados en el inciso primero, la pena es de presidio menor en su grado medio.

El dolo en las hipótesis delictivas del art. 14 D se satisface con el conocimiento de que se está en posesión de un artefacto de las características

que se indican, y además querer usarlo. El conocimiento debe alcanzar además al tipo de lugares en donde se va a colocar o lanzar el artefacto para aplicar una u otra hipótesis. Se admiten hipótesis de dolo eventual de acuerdo con las reglas generales.

6. PENALIDAD

Es posible advertir ciertas inconsistencias en la ley al relacionar el art. 14 D con los arts. 13 (tenencia de elementos prohibidos) y 14 (porte de elementos prohibidos), así como con el art. 10 inciso segundo. Antes de la reforma de la Ley N° 20.813, la tenencia y el porte de una bomba molotov o de un artefacto casero²⁸ o explosivo, estaba indubitadamente contenida en los arts. 13 y 14 de la Ley N° 17.798, por la remisión que dichas normas hacen al art. 3°. Ambas conductas tienen la misma pena (3 años y un día a 10 años de privación de libertad), lo que parece desproporcionado en atención al diferente riesgo que ellas suponen para el bien jurídico protegido (orden público)²⁹. Portar una bomba en la vía pública es una conducta que supone un riesgo mayor para el orden público, que solo tenerla en casa, pues la posibilidad de que bienes jurídicos de terceros tales como la vida o la integridad física puedan resultar afectados, dependerá del contexto y/o del azar. Así, por ejemplo, podría suceder que al moverse la bomba estalle,³⁰ o que atropellen a su portador, o que al intentar escapar de las policías la arroje en un contenedor de basura y estalle. Sin embargo, si se tiene la bomba guardada en casa, el riesgo para el bien jurídico se aminora, y eso debiera reflejarse en la penalidad.

Pero la inconsistencia no termina aquí, pues si el sujeto decide colocar o arrojar una bomba molotov, o hacer detonar el artefacto, dispararlo, enviarlo, o hacerlo explotar, que es una conducta cuya lesividad es mayor a la del porte, tiene una pena menor, pues esta conducta, si se realiza en lugares públicos (descritos en el inciso primero del art. 14 D) tiene una

²⁸ Considerado artefacto explosivo de acuerdo con la definición del art. 207 del Reglamento de la Ley N° 17.198.

²⁹ Véase *supra* 2. Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contemplados en la Ley N° 17.798.

³⁰ Si se tratare de aquel artefacto incendiario que se enciende con el contacto en el suelo (y no a través de prender una mecha).

pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad); si es en otros lugares, la conducta se sanciona con presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

Luego, si sostenemos que, tras la reforma de la Ley N° 20.813, la tenencia y porte de los artefactos de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y similares, siguen estando contemplados en los arts. 13 y 14, deberemos asumir entonces el consecuente efecto criminógeno que produciría este mensaje, pues si la tenencia y el porte del artefacto tienen una pena mayor en su extremo superior (10 años) que su colocación, o la conducta de arrojarlo o hacerlo explotar (5 años), el sujeto definitivamente tenderá a deshacerse del artefacto lo más rápido que sea posible.

Los tribunales ya han conocido de esta inconsistencia, pero al menos en un caso, lo resolvieron a través de una interpretación analógica *in malam partem*. En el marco de una manifestación autorizada en Valparaíso el 21 de mayo de 2016, algunas personas lanzaron bombas molotov contra una Farmacia Ahumada, lo que originó un incendio, y a raíz de esto, un funcionario municipal que se encontraba en el segundo piso de dicha dependencia falleció. Se condenó a los acusados por el delito de incendio con resultado de muerte y por el delito de porte de bomba incendiaria, previsto y sancionado en los arts. 3° inciso segundo y 13 de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos³¹.

Respecto del delito de la Ley de Control de Armas, esta interpretación implicó pasar por sobre los principios de estricta legalidad y reserva, pero especialmente el de especialidad, al calificar como delito de porte de artefacto incendiario la conducta de lanzamiento del mismo, toda vez que ella se encuentra claramente tipificada como un delito autónomo en el art. 14 D. Máxime que el razonamiento del tribunal es que “(...) tal conducta conlleva una previa, que es el porte de dicho artefacto incendiario antes de lanzarlo”. Por ende, se trata de la misma conducta. No es que se haya acreditado que el imputado portaba bombas molotov en su mochila, y que después hubiese originado el incendio (que pudo ser con un simple encendedor y acelerante o con otra bomba molotov). El tribunal indica que, aunque el imputado lanzó la bomba, el tipo penal en el cual corresponde subsumir dicha conducta es el del porte de elementos prohi-

³¹ MINISTERIO PÚBLICO c/ R.A.V.; N.B.M.; H.B.A.; C.G.S.; F.R.H. y M.V.V. (2018a).

bidos³². Ciertamente es que lanzar una bomba molotov supone portarla, pero si el legislador tipifica expresamente la conducta de arrojarla, es decir, hay una consunción que se refleja en un tipo penal específico, el tribunal debe aplicar ese tipo penal y no otro así sea que tenga menor pena. Lo que no debe hacer es una especie de consunción inversa³³.

Por otro lado, el uso de los artefactos indicados en el inciso tercero del art. 14 D, o sea, aquellos de bajo poder expansivo, tiene una pena análoga al delito de disparo injustificado de su inciso cuarto y una pena menor en el caso del disparo o uso de armas contenido en el art. 3°. En este supuesto, la inconsistencia de las penas llevó en algún momento a la Defensoría Penal Pública a sostener que los artefactos de bajo poder expansivo no quedan comprendidos en los arts. 2° y 3° de la Ley de Control de Armas, siendo por lo tanto atípico su porte, tenencia o posesión,³⁴ interpretación de la cual nos apartamos proponiendo una diferente.

Excursus sobre el porte y tenencia de artefactos incendiarios de bajo poder expansivo. Una interpretación racional favorable a la aplicación del art. 10 inciso segundo

Como se indicó al inicio, mediante la Ley N° 20.014 de 2005, los artefactos incendiarios fueron incorporados a la Ley N° 17.798. Si se observa la historia de la ley, veremos que en ella aparece claramente la intención del legislador de incluirlos como elementos sujetos a control³⁵. Sin embargo, esto no significa que en la actualidad, tras la reforma de la Ley N° 20.813, debamos sostener que el porte y tenencia de este tipo de artefactos esté contenido en los arts. 13 y 14. Esto porque la inconsistencia de las penas referida en el apartado anterior, obliga a realizar un ejercicio interpretativo que atienda al principio de proporcionalidad, pero sobre todo al de especialidad, debiendo preferirse respecto del porte de artefactos incendiarios de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov, aquella norma que hace referencia al transporte y almacenamiento de las mismas.

³² Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, en donde no se discutió respecto del tipo contenido en el art. 14 D de la Ley N° 17.798. MINISTERIO PÚBLICO c/ R.A.V.; N.B.M.; H.B.A.; C.G.S.; F.R.H. y M.V.V. (2018b).

³³ JORDÁN y MARGOTTA (2019), p. 98.

³⁴ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2015), p. 14.

³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2005), pp. 38 y 39, 144.

El art. 10 de la Ley N° 17.798 señala:

“Los que sin la competente autorización fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, transportaren, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2° serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se realizare respecto de los elementos a que se hace referencia en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Si las armas fueren material de uso bélico de la letra a) del artículo 2° o aquellas a que se hace referencia en el inciso final del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en sus grados medio a máximo. Pero tratándose de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo”.

Pensamos que ésta es la disposición que contiene las conductas de tenencia (almacenamiento) y porte (transporte) de este tipo de artefactos incendiarios, pues en los arts. 13 y 14 no se distingue entre aquellos fabricados con pequeñas cantidades de elementos de libre venta a público, y de bajo poder expansivo, y aquellos de mayor poder letal. En cambio, sí hay referencia expresa para establecer penas atenuadas a los de menor poder expansivo, en el art. 10 inciso segundo respecto de la fabricación, transporte y almacenamiento, y en el art. 14 D inciso tercero respecto de conductas que supongan el uso del mismo artefacto. Lo que sugiere entonces que en aplicación del principio de especialidad debe primar el art. 10 inciso segundo.

Cierto es que la hipótesis atenuada consagrada en el art. 10 inciso segundo está dentro de la figura que refiere al tráfico de armas, sin embargo, ello no debe ser óbice para su aplicación en desmedro del art. 14, toda vez que es posible concebir que transportar un elemento controlado equivale a su traslación, y que esto a su vez es una subespecie posesoria de los arts. 13 y 14³⁶. Algo similar puede sostenerse respecto de la conducta de “almacenamiento”, que es una sub especie de tenencia.

³⁶ BASCUR (2017), p. 571.

Por otra parte, respecto del principio de proporcionalidad penal, cabe considerar lo siguiente: la penalidad por el uso de los artefactos de mayor poder letal descritos en el art. 14 D inciso primero es de presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años) si se realiza en lugares públicos, y presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) si se realiza en otros lugares, lo cual es proporcional si consideramos que los arts. 13 y 14, en relación con la tenencia y porte, establecen una pena que oscila entre los 3 años y 1 día a los 10 años.

Lo que no resulta proporcional es que, tratándose de las conductas posesorias y el porte, pretenda aplicarse una figura que tiene una pena mayor respecto de los artefactos incendiarios tipo bomba molotov (arts. 13 y 14, oscila entre 3 años y 1 día y 10 años), considerando que su uso tiene una pena que oscila entre 3 años y 1 día y 5 años, si se realiza en lugares públicos, y entre 541 días y 3 años, si se ejecuta en otros lugares, mientras que su transporte y almacenamiento tiene asociada una pena que oscila entre 3 años y 1 día y 5 años. Luego, es razonable concluir que, respecto de la tenencia y porte de este tipo de artefactos, los arts. 13 y 14 sean desplazados por la figura contenida en el art. 10 inciso segundo.

Ahora bien, como se ha enfatizado en el acápite anterior, todas estas normas, incluida la de los arts. 13 y 14, hacen referencia al “artefacto”, pero no a las partes y piezas del artefacto. En este punto es interesante mencionar que durante la discusión parlamentaria que precedió a la Ley N° 20.813, cuando se preguntó expresamente por el senador Prokurica, cómo se sancionaría el porte de los elementos destinados a preparar este tipo de artefactos de bajo poder expansivo, como, por ejemplo, las botellas de vidrio que porte alguien en su mochila, Matus indicó que tal conducta podía considerarse una conspiración para delinquir³⁷. Es decir, un acto preparatorio, que no es punible, a menos que la ley lo señale expresamente. La Ley N° 17.798 no lo hace.

En último término, esta clase de conducta podría, dependiendo del elemento que se tenga o porte, ser constitutiva del delito contenido en el art. 481 del CP, que sanciona al que “fuere aprehendido con artefactos, implementos preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo”, sancionándolo con “presidio menor en sus grados mínimo a medio, salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera

³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015), p. 305.

castigarse con mayor pena”. Esto sin perjuicio de las críticas que, conforme al principio de legalidad, específicamente de taxatividad y certeza, pueda suponer una norma como esta, que castiga un acto preparatorio y en términos tan amplios.

Las conductas típicas relacionadas con artefactos explosivos que se han conocido con posterioridad a la reforma de la Ley N° 20.813 de 2015 y hasta 2018, son de baja ocurrencia en relación con otros delitos de la misma ley, como los de tenencia y porte. Respecto de las cifras, según datos del Ministerio Público, entre 2015 y 2018 se registran 53 causas ingresadas, 7 en 2016, 19 en 2017 y 27 en 2018. Asimismo, solo se registran tres condenas para este tipo penal, y 35 casos que terminaron, en general, con la utilización de otras salidas, tales como el archivo provisional, agrupación a otro caso, facultad para no iniciar la investigación y sobreseimiento definitivo. En relación con las medidas cautelares, solo aparecen 5 casos registrados en que se decretó como medida cautelar prisión preventiva.

Por otro lado, en las cifras de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, entre 2015 a 2018, se registra un total de 68 ingresos; de estas 36 causas se encuentran terminadas, pero solo 19 se registran como condenas. De todas formas, lo más relevante de estas cifras es que las prisiones preventivas se conceden siempre en este tipo de delitos, pues no se registra ningún rechazo a esta medida cautelar³⁸.

Respecto de los datos obtenidos a través de entrevistas llevadas a cabo en esta investigación, se señala que este delito aparece por lo general asociado a manifestaciones de violencia política o social, pero raramente respecto de delincuentes habituales,³⁹ mencionándose algún hecho relacionado con el comercio ilícito de explosivos industriales en la pequeña minería⁴⁰. La explosión de cajeros automáticos para apropiarse de su contenido no se realiza mediante artefactos explosivos, sino mediante el método de saturación por gas⁴¹.

³⁸ Información extraída a partir de datos proporcionados por la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Oficio N° 72 DDI N° 172 de 10.01.2019.

³⁹ Entrevista Juez (a), 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017; Entrevista Defensor (a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017.

⁴⁰ Entrevista Juez (a), TOP de Antofagasta, Antofagasta, de 15 de noviembre de 2017.

⁴¹ Entrevista Fiscal 1, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Santiago, de 13 de septiembre de 2017; Entrevista Juez (a), 6° TOP de Santiago, de 10 de octubre de 2017;

Lo que está pendiente es saber cuánto aumentaron estas conductas y la aplicación de estos tipos penales tras el estallido social de 18 de octubre de 2019 en nuestro país.

7. PROBLEMAS CONCURSALES

7.1. *Arts. 484 y 496 N° 12 CP*

En los casos anteriores a la reforma de la Ley N° 20.813, cuando a consecuencia del uso de un artefacto se causaban además daños, se solucionaba dicho conflicto a través del concurso ideal medial entre el delito de porte de artefacto explosivo y el delito de daños del art. 484 del CP, o bien por la vía del concurso real. No obstante, al no existir un tipo penal que recogiera las conductas constitutivas de uso del artefacto explosivo, salvo en el caso de la Ley de Conductas Terroristas, era difícil argumentar la relación medial entre el porte y el resultado de daños, pues este resultado está más bien asociado al uso que al porte del artefacto.

Por otro lado, el art. 496 N° 12 del CP indica que: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 12. El que dentro de las poblaciones y en contravención a los reglamentos disparare armas de fuego, cohetes, petardos u otros proyectiles”. En este caso artefactos explosivos, como cohetes o petardos, no responden a la definición de artefacto explosivo propiamente tal a que se refiere el Reglamento de la Ley de Control de Armas, pues no generan llama, sino solo ruido.

A falta de definición legal, la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA define “petardo” como un “tubo de papel o cartón, lleno de pólvora o explosivos, que se prende por la parte inferior y explota produciendo un ruido muy fuerte”. Y un “cohete” es un “explosivo de escasa potencia que consta de un tubo de papel o cartón lleno de pólvora unido al extremo de una varilla que se lanza al aire, prendiéndolo por una mecha que lleva en su parte inferior, y que, cuando alcanza su mayor altura, estalla produciendo un ruido muy fuerte o efectos de luz y color; generalmente se usa en fiestas tradicionales y otras celebraciones”.

Entrevista Defensor (a), Defensoría Local de La Florida, Santiago, de 21 de septiembre de 2017; Entrevista Defensor (a) Local de Antofagasta y Defensor (a) Local de Calama, de 17 de noviembre de 2017.

Para que se satisfaga el tipo de la falta, debe realizarse la conducta con infracción a los reglamentos pertinentes. Luego, la distinción entre la falta y el delito del art. 14 D se encuentra, por una parte, en el objeto material, la sustancia del artefacto y su capacidad de producir una explosión, cualidad no presente en los cohetes y petardos. Y, por otra parte, en los verbos rectores que describen la conducta. En el caso de la falta el verbo rector es “disparar”. El empleo de este verbo es poco feliz en atención a todos los objetos materiales que allí se describen, pues un arma de fuego, un cohete o un proyectil pueden ser “disparados”, pero un petardo no (el petardo funciona cuando se “enciende” la mecha). Por lo que, en este caso, cuando se trata de artefactos cuyo mecanismo y composición sea la de un petardo, la conducta solo sería punible cuando este se encienda, se active o detone, siendo impunes las fases previas a la ejecución (por ejemplo, la mera colocación), pues las faltas solo se castigan cuando están consumadas⁴².

7.2. Ley N° 18.314

Antes hemos indicado que el art. 14 D de la Ley N° 17.798 vino a resolver el problema de atipicidad de una conducta de uso de artefactos explosivos o incendiarios cuando no lograba acreditarse la finalidad terrorista, y así poder sancionarla por la vía del delito común. Pero no opera al revés, esto es, para suponer una aplicación directa del art. 14 D en la Ley de Conductas Terroristas ampliando el tipo penal de esta última.

Esto significa que el art. 14 D de la Ley N° 17.798 no puede considerarse “delito base” respecto del art. 2° N° 4 de la Ley N° 18.314. En primer lugar, la formulación típica contenida en este último no es igual a la contenida en el art. 14 D. Es, como se dijo al inicio, un delito “autónomo”, pues, por un lado, describe expresamente la conducta, con menos verbos rectores que la descripción típica del art. 14 D. No contiene por ejemplo el “hacer explosionar”, sino el “colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar”.

Por otro lado, en cuanto al objeto material en el delito de terrorismo, la descripción típica es más amplia en su formulación, pues hace referencia a bombas o artefactos explosivos o incendiarios *de cualquier tipo* (además de armas de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos). Esta amplitud debe ser interpretada a la luz del Convenio

⁴² CORTÉS (2018), p. 113.

Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, que define las armas y artefactos explosivos o incendiarios para cometer actos de terrorismo según obedezcan estos al propósito de causar o puedan causar muerte, lesiones graves o grandes daños materiales⁴³.

A mayor abundamiento, el delito del art. 2° N° 4 *in comento* tiene una penalidad única asignada en el art. 3° de la Ley N° 18.314; no se remite a una agravación en uno, dos o tres grados como sucede respecto de los preceptos del CP o de la Ley de Seguridad del Estado a que hace referencia la Ley N° 18.314.

Finalmente, la Ley N° 18.314 no fue modificada por la reforma de la Ley de Control de Armas del año 2015 a través de la Ley N° 20.813, por lo que no existe ninguna referencia legislativa ni normativa que dé a entender que el legislador haya querido establecer este delito como uno de los delitos base de la Ley de Conductas Terroristas. Y además porque el art. 14 D es un delito posterior que no se remite a ella.

Excurso: sobre el delito de envío de cartas o encomiendas explosivas en la Ley de Conductas Terroristas

El delito de envío de cartas y encomiendas explosivas hasta la Ley N° 20.813 estuvo regulado en el art. 403 bis del CP. Tras esta reforma pasó a formar parte de la conducta típica del art. 14 D de la Ley N° 17.798 que hemos venido comentando. En el art. 14 D se sanciona con la misma pena que la colocación de artefactos explosivos en vías o lugares públicos, el envío de cartas y encomiendas explosivas, esto es, con la pena de presidio mayor en su grado medio, sin perjuicio de que le son también aplicables las atenuaciones señaladas en los incisos segundo y tercero del art. 14 D.

El problema es que la Ley N° 18.314 para calificar este delito como terrorista sigue haciendo referencia al art. 403 bis del CP, tanto en la tipificación del delito en su calificación terrorista (art. 2° N° 1 en relación con el art. 1°), como respecto de la pena a aplicar (art. 3°), indicando que el delito

⁴³ Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. “Art. 1.3 Por artefacto explosivo u otro artefacto mortífero’ se entiende:

a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales; o

b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”.

terrorista de envío de cartas o encomiendas explosivas del art. 403 bis, se castigará con las penas previstas para él en el CP, aumentadas en uno, dos o tres grados.

Luego, el envío de cartas o encomiendas explosivas en su carácter terrorista ha sido derogado tácitamente por la Ley N° 20.813, pues ya no existe el delito base, ni tampoco la forma de aplicar la pena. Y como se argumentó, el art. 14 D de la Ley de Control de Armas es un delito autónomo respecto de la Ley de Conductas Terroristas. Consiguientemente, la única forma de calificar como terrorista el envío de cartas o encomiendas explosivas es por la vía del art. 2° N° 4, a través del verbo “enviar”, y siempre que lo enviado sea “una bomba o un artefacto explosivo” (y no una carta o encomienda explosiva propiamente tal). Y, por ende, tendrá la pena específica que indica el art. 2° N° 4 para esta conducta, esto es, presidio mayor en cualquiera de sus grados.

8. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE PENAS

Como todos los delitos de la Ley N° 17.798, la determinación de las penas en los casos del art. 14 D queda sujeta a las alteraciones de las reglas ordinarias de penalidad que se disponen tanto en el art. 17 B de la ley, como en la Ley N° 20.813.

El art. 17 B inciso primero de la Ley N° 17.798 establece que las penas por los delitos sancionados en la Ley N° 17.798 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los “delitos o cuasidelitos” que se cometan empleando las armas o elementos descritos en su articulado. Esto implica que, quien coloca un artefacto explosivo o lanza un artefacto incendiario, además de las penas del art. 14 D, en principio también tendrá la pena por los delitos de daños o de lesiones o de incendio, según correspondiere.

Sin embargo, no pierden su vigencia las normas generales relativas a concursos. La acumulación de penas no es una cuestión automática, sino que debe verse caso a caso, y si nos encontramos ante un mismo hecho que da lugar a dos delitos, el lanzamiento y, por ejemplo, un delito de incendio; habría que ver en qué medida el disvalor de la conducta de lanzar la bomba molotov queda consumida por el delito de incendio. No se trata entonces de que sea el medio para cometer el delito, pues en ese caso estamos ante un concurso ideal medial de delitos, y la regla del art. 17 B inciso primero señala que si hay dos delitos se debe sancionar por ambos,

de conformidad con el art. 74 del CP. Entonces aquí queda a la apreciación del juez respecto de si se trata de un mismo hecho y el disvalor del uso del artefacto puede quedar consumido por la otra conducta.

El inciso segundo del art. 17 B impide al juez aplicar las reglas generales sobre el juego compensatorio de agravantes y atenuantes previsto en los arts. 65 a 69 del CP. El juez debe determinar la cuantía de la pena conforme a su criterio en cuanto a la valoración de las modificatorias de responsabilidad penal y la extensión del mal causado, pero siempre dentro de los límites mínimos y máximos que la ley asigna al autor de delito consumado del respectivo tipo penal.

Esta forma de determinar las penas implica que la prognosis de la misma durante la investigación sea la de una muy alta, lo cual dificulta las posibilidades de salidas alternativas, y además tiene restricciones específicas para la suspensión condicional del procedimiento.

De las altas posibilidades de cumplimiento efectivo de la pena derivan dos consecuencias: por una parte, un aumento exponencial de la prisión preventiva, que se ha ido transformando en medida cautelar preferente, así como en una verdadera pena anticipada; y, por otra parte, existe una consecuencia relativa a la eficacia de la investigación, pues no hay incentivo para el imputado para llegar a un procedimiento abreviado, ya que nadie está dispuesto a colaborar con la justicia si tendrá una pena con cumplimiento efectivo.

Finalmente, se impide expresamente la sustitución de penas para los autores de delitos y cuasidelitos de la Ley de Control de Armas, o relacionados con ella, lo que ha generado un efecto adverso consistente en la presentación masiva de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no solo por parte de las defensas sino también de magistrados, los cuales han sido en su gran mayoría acogidos⁴⁴.

9. CONCLUSIONES

El art. 14 D de la Ley N° 17.798 contiene un tipo penal de colocación, activación, detonación de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, que vino a colmar el vacío legal que se producía cada vez que se hacía

⁴⁴ VILLEGAS (2019), pp. 43-46.

uso de un artefacto explosivo o incendiario y no lograba acreditarse la finalidad terrorista.

En este sentido, se valora positivamente su inclusión, dado que evita que al momento de la ocurrencia del hecho se invoque automáticamente la Ley de Conductas Terroristas y se formalice por el delito del art. 2º N° 4 de la Ley N° 18.314.

Esto no significa que el art. 14 D sea el delito base de las figuras de terrorismo: el art. 2º N° 4 es un tipo penal autónomo, que tiene reglas propias tanto en su formulación típica como en cuanto a su penalidad en la misma Ley N° 18.314. Asimismo, el envío de cartas y encomiendas explosivas a que hace referencia el art. 2º N° 1 de la Ley N° 18.314 es inexistente, por cuanto el delito del art. 403 bis del CP que contenía el tipo base, fue derogado y la Ley de Conductas Terroristas no fue reformada por la Ley N° 20.813. Luego, respecto del envío de cartas o encomiendas explosivas solo existe el delito descrito en el art. 14 D de la Ley de Control de Armas.

El tipo penal del art. 14 D contiene un tipo penal muy amplio, con una multiplicidad de verbos rectores e hipótesis delictivas, que persigue abarcar todas aquellas conductas posiblemente realizables con el objeto material indicado. Es también una ley penal en blanco, dado que el listado de sustancias explosivas, tóxicas y corrosivas a que hace referencia se encuentra en una norma de inferior jerarquía.

Se valora positivamente la diferenciación entre artefactos de mayor peligrosidad y los de menor peligrosidad, en atención al menor riesgo de lesión a bienes jurídicos que suponen estos últimos, lo cual se ve reflejado en una menor pena. Asimismo, se valora positivamente la diferenciación de la realización de la conducta en lugares públicos y similares, y los que no lo son, lo que también dice relación con la mayor o menor posibilidad de afectación de bienes jurídicos.

Existen serias inconsistencias en cuanto a la penalidad de conductas relativas a los artefactos explosivos e incendiarios confeccionados con pequeñas cantidades de elementos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov. Pues al relacionar la norma del art. 14 D inciso tercero con los arts. 13 y 14 observamos que estos últimos asignan una pena mayor en su extremo superior para la posesión y porte de artefactos explosivos e incendiarios, que las que se asignan para las conductas de uso efectivo del artefacto (art. 14 D inciso tercero) y las de fabricación, almacenamiento y transporte (art. 10).

Ello obliga a realizar un ejercicio interpretativo que, atendiendo al principio de especialidad y proporcionalidad en las penas, suponga el desplazamiento de los arts. 13 y 14 a favor del art. 10 inciso segundo respecto de la tenencia y porte de este tipo de artefactos explosivos e incendiarios caseros y de bajo poder expansivo. Finalmente, y en aplicación del principio de legalidad, debe considerarse que la tenencia y porte de partes y piezas de este tipo de elementos, no es punible dentro de la Ley N° 17.798.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE, Federico y BUSTOS, Rodrigo (2014): “Terrorismo y Constitución de 1980, con especial referencia a la aplicación de la ley antiterrorista en el marco del conflicto del Estado con el Pueblo mapuche”, *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, pp. 173-201.
- BASCUR, Gonzalo (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas”, *Polít. Crim.*, vol. 12, N° 23, pp. 533-609. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-33992017000100014&lng=es&nrm=iso. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2019.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2005): *Historia de la Ley N° 20.014*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/5593/> Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.
- _____ (2015): *Historia de la Ley N° 20.813*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/3960/> Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.
- CAVALIERE, Antonio (2013): “El control del tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 4, pp. 14-26.
- CEA, Sergio y MORALES, Patricio (2018): *Control de Armas* (Santiago, Thomson Reuters, quinta edición).
- CORTÉS, Julio (2018): *Estruendo. La asociación ilícita terrorista en la legislación chilena a la luz del “Caso Bombas” y otros escritos sobre terrorismo y antiterrorismo* (Santiago, Editorial Tempestades).
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2015): *Departamento de Estudios. Minuta sobre las modificaciones introducidas a la Ley de Control de Armas (Ley N° 17.798) por la Ley N° 20.813*. Disponible en: <http://www.biblio.>

dpp.cl/biblio/DataFiles/11807.pdf Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.

JORDÁN, Ignacio y MARGOTTA, Juan Andrés (2019): *La nueva regulación de los artefactos explosivos e incendiarios en la ley de control de armas y explosivos. Análisis sustantivo penal y jurisprudencial del artículo 14 D de la Ley N° 17.798. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile* (Santiago).

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2014): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial*, tomo I (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, tercera edición).

VILLEGAS, Myrna (2013): “Informe en derecho. La aplicación de la ley antiterrorista en el ‘Caso Pitronello’, *Unidad de Estudios Regional Metropolitana Norte, Defensoría Penal Pública*, N° 3. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7763.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.

_____ (2016a): “La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno. a propósito de los artefactos explosivos e incendiarios”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLIII, N° 3, pp. 13-32.

_____ (2016b): “El terrorismo en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 29, N° 2, pp. 295-319. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000200014. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.

_____ (2018): “Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)”, *Polít. Crim.*, vol. 13, N° 25, pp. 501-547. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-33992018000100501&lng=es&nrm=iso. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2019.

_____ (2019): “La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813”, *Polít. Crim.*, vol. 14, N° 28, pp. 1-53. Disponible en: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/09/Vol14N28A1.pdf>. Fecha de consulta: 1 de octubre de 2019.

WINTER, Jaime (2013): “Comentario a SCS rol N° 4883-2013. Concurso entre tenencia de explosivos y daños provocados con ellos”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 2, N° 4, pp. 267-276.

YACOBUCCI, Guillermo (2016): “Derecho penal y orden público”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 5, pp. 107-114.

JURISPRUDENCIA CITADA

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ H.N.S. (2013a): 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 12 de julio de 2013, Rit N° 45-2013.

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ H.N.S. (2013b): Corte Suprema, 25 de septiembre de 2013 (Recurso de Nulidad), rol N° 4883-2013.

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ L.P.S. (2012a): 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 15 de agosto de 2012, Rit N° 150-2012.

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ L.P.S. (2012b): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2012, rol N° 2384-2012.

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ M.A.B. (2016): 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9 de diciembre de 2016, Rit N° 575-2016.

MINISTERIO PÚBLICO c/ R.A.V.; N.B.M.; H.B.A.; C.G.S.; F.R.H. y M.V.V. (2018a): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, 7 de julio de 2018, Rit N° 162-2018.

MINISTERIO PÚBLICO c/ R.A.V.; N.B.M.; H.B.A.; C.G.S.; F.R.H. y M.V.V. (2018b): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2018 (Recurso de Nulidad), rol N° 16687-2018.

C/ JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR (2019): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de mayo de 2019 (Amparo), rol N° 280-2019.

MINISTERIO PÚBLICO Y OTROS c/ P.A.R. (2019): 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 23 de enero de 2019, Rit N° 1-2019.

NORMAS CITADAS

Ley N° 17.798 (21.10.1972), sobre control de armas.

Reglamento de la Ley N° 17.798. Decreto N° 83 (13.05.2008): Aprueba reglamento complementario de la Ley N° 17.798, sobre control de armas y elementos similares.

Ley N° 20.813 (6.02.2015): Modifica la Ley N° 17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal.

Ley N° 20.014 (13.05.2005): Modifica la Ley N° 17.798, sobre control de armas.

Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 12 de enero de 1998. Entrada en vigor: 23 de mayo del 2001 de conformidad con el art. 22.

Resolución Exenta N° 96 (20.02.2017): Establece disposiciones y listados, para la actualización permanente de productos explosivos y sustancias químicas sometidas al control de la Ley N° 17.798 sobre control de armas y su reglamento complementario.

EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES
Y SU RECONOCIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA:
UNA MIRADA COMPARADA, UN PLANTEAMIENTO CRÍTICO
Y UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA**

MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES**

RESUMEN: Este trabajo revisa y analiza la forma en que el consentimiento en los delitos sexuales es recogido en distintos ordenamientos jurídicos bajo la técnica del estudio comparado legal, para enseguida hacerse cargo del estado de la cuestión en nuestro propio derecho penal sexual, con el fin de poner de relieve cómo nuestro sistema no es capaz de proteger todos los casos en que no existe un consentimiento en la realización del acto sexual, analizando la forma en que se ha dado cabida a distintas hipótesis en que este falta. Se examina la evolución acaecida en legislaciones extranjeras que sirven de referencia para la nuestra, principalmente europeas y latinoamericanas, desde el advenimiento de lo estatuido por el Convenio de Estambul y, a partir de allí, se puede concluir que la situación en nuestro país es insuficiente, dado que la ley no cubre todas las hipótesis de falta de consentimiento, ello a pesar de las reformas materializadas hasta la fecha, y no obstante los esfuerzos interpretativos realizados por la vía jurisprudencial, lo que lleva al final a considerar la conveniencia y hasta la necesidad de una reforma legal que efectivamente sirva para cumplir con este objetivo que, a esta altura de la evolución y toma de conciencia de la sociedad, resulta impostergable.

PALABRAS CLAVE: Delitos sexuales - libertad sexual - consentimiento.

* Abreviaturas: art. = artículo; arts. = artículos; Csd. = Considerando; Csdos. = Considerandos; CP = Código Penal de Chile; DDHH = Derechos Humanos; TOP= Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; SCA= Sentencia Corte de Apelaciones; SCS= Sentencia Corte Suprema.

** Abogada y Magíster en Derecho LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Clínica Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. CRIMINALIDAD SEXUAL, LIBERTAD SEXUAL Y CONSENSOS ACTUALES

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que no existen otros delitos expuestos a verse tan influidos por la evolución de la sociedad como ocurre con los delitos sexuales. Es más, puede decirse que la manera en que los diferentes países ofrecen respuestas legales y judiciales (la ley aplicada a casos concretos o derecho vivo como prefieren llamar algunos) a estas conductas, pone en evidencia en buena medida el estándar de su real desarrollo democrático, en especial lo que dice relación con su evolución en materia de respeto a los DDHH.

Pues bien, Chile no ha sido ni es una excepción en este sentido, país en el que el tránsito desde la despenalización del adulterio hasta nuevas tipificaciones de delitos sexuales ha ido avanzando de la mano del reconocimiento progresivo de la dignidad humana y los DDHH.

Tomando partido por el bien jurídico libertad sexual, tratándose de personas mayores de edad, como fundante de la criminalidad sexual,¹ debemos afirmar que el cimiento de la ilicitud en estos delitos deriva de la falta de consentimiento de la víctima en el acto sexual. La afirmación anterior cobra especial vigencia y actualidad en los distintos ordenamientos jurídicos a partir del famoso movimiento internacional conocido como *#MeToo*².

Así las cosas, en este trabajo revisaremos y analizaremos en primer lugar, la forma en que la ausencia de consentimiento es recogida en distintos ordenamientos jurídicos extranjeros, para luego hacernos cargo del estado de la cuestión en nuestro propio derecho penal sexual, con el fin de poner en evidencia cómo nuestro sistema es incapaz de proteger todos los casos en que no existe un consentimiento en la realización del acto sexual. Para ello, se examinan los cambios producidos en legislaciones de referencia, principalmente europeas y latinoamericanas, desde el advenimiento de lo estatuido por el Convenio de Estambul, analizando la situación y evolución

¹ Sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales véase RODRÍGUEZ (2014), pp. 135 y ss., y Cox (2003), pp. 21 y ss.

² El movimiento feminista *#MeToo* surgió en el siglo XXI para visualizar y denunciar la gran cantidad de violaciones y delitos sexuales que los hombres cometen contra las mujeres, desde tiempos antiguos.

en Chile, que no obstante las reformas introducidas hasta la fecha y a pesar de los esfuerzos interpretativos por la vía jurisprudencial, se encuentra con una deuda pendiente que debe pagarse sin más prórrogas.

Como sea, previo a este cometido es necesario situarnos en la sociedad en que vivimos que, por supuesto, no es la misma que la que vivieron nuestros abuelos, padres, ni la que teníamos hacia fines del siglo pasado, ni incluso la existente hasta hace tan solo un par de años, lo que hace palmaria la gran velocidad de los cambios sociales que se han ido experimentando y lo exigente que viene siendo el presente siglo en demandas y reivindicaciones en distintos ámbitos, de los cuales no podían quedar excluidos aquellos que se relacionan con el tema materia de este trabajo. Es así como, en la actualidad, el respeto a los derechos sexuales y a la integridad corporal son temas de primera línea en sede nacional, internacional y, desde luego, en el movimiento feminista.

A partir de los cambios sociales y la evolución existente en materia de criminalidad sexual, hoy en día existen ciertos consensos que abogan por sancionar enérgicamente, no solamente lo que afecte a menores de edad, sino cualquier conducta que signifique un atentado a la libertad sexual de una persona adulta, por supuesto estableciendo cierta proporcionalidad, principalmente basada en el tipo de atentados de los que se trate, así como los contextos en que se desarrolle.

Así las cosas, parte de estos consensos se han ido recogiendo a nivel normativo y otros, en cambio, han pasado a ser considerados por los tribunales como máximas de la experiencia en materia de criminalidad sexual o como aspectos a considerar a la hora de valorar las conductas de este tipo que son llevadas a sede judicial. Algunos de estos consensos que atañen en particular a nuestro estudio³ son los siguientes:

a) Existe mayor conciencia del derecho de las personas a no verse envueltas en contextos de carácter sexual no deseados. El derecho a negarse a sostener relaciones sexuales como parte de la libertad sexual, es una

³ Otros consensos en materia de criminalidad sexual que no tienen directa relación con el objeto de nuestro trabajo, pero que son hallazgos interesantes y que deben tomarse en consideración a la hora de conocer este tipo de criminalidad, son a lo menos los siguientes:

a) Hoy en día parece abandonarse la idea de que el acto sexual realizado mediante fuerza o intimidación constituya la forma más grave del delito, en el entendido que más bien existe evidencia desde los estudios asociados a trauma, que precisamente el mayor daño psicológico o, desde otra perspectiva, las posibilidades de reparación de estos delitos son claramente

conquista política feminista, dejando de lado ciertos estereotipos propios de sociedades más patriarcales, como por ejemplo “el consentimiento inicial borra cualquier ilicitud posterior”, en circunstancias que hoy en día existe consenso en que “el consentimiento se renueva minuto a minuto”.

b) En este mismo sentido, se han dejado de lado otros estereotipos, como el exigir una resistencia física de la víctima frente a un acto sexual no consentido, o la convicción de que solo pueden ser víctimas de delitos personas que no tienen actividad sexual frecuente, así como la responsabilización de las víctimas por haber provocado la agresión sexual debido a la forma en que se visten o se relacionan con el agresor. En esta misma dirección se encuentra la persuasión de la existencia de roles entre hombres y mujeres, en el sentido de que están socializados para comunicar e interpretar el consentimiento de manera diferente, así por ejemplo lo rezan frases como “el hombre propone, la mujer dispone”, “los hombres buscan e insisten, las mujeres resisten y, eventualmente consienten”.

De esta forma, hoy día lo central debiese ser enfocar la existencia o no de un delito sexual afirmando la ausencia o concurrencia de un auténtico consentimiento válidamente prestado para la realización del acto sexual. A estos fines, las regulaciones han utilizado distintas formas de tipificar los delitos sexuales, en algunos casos estableciendo fórmulas amplias que permiten captar todos los casos de ausencia de consentimiento y, en otras, acudiendo a la descripción de modalidades comisivas que permiten afirmar su inexistencia, en estos últimos casos si bien la falta de consentimiento se considera elemento necesario, no parece ser suficiente.

menores en casos de abusos o delitos sexuales cometidos en contextos intrafamiliares, en los cuales además, lo esperable es que el abuso sea reiterado o en casos más graves crónico.

b) En cuanto a la naturaleza del acto sexual realizado, se consideran siempre más graves aquellas conductas que suponen la invasión de cavidades corporales de la víctima con significación sexual, ya sea ano, vagina o boca. De ahí que muchos ordenamientos tiendan a equiparar bajo el concepto de violación cualquier tipo de introducción con significación sexual sea con pene (que siempre la tiene) o con objetos, partes del cuerpo o mediante la utilización de animales, cuestión que sin duda se echa en falta en nuestro sistema penal, con consecuencias negativas, sobre todo a la hora de apreciar los concursos de delitos o tipos penales complejos.

2. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES COMO EJE DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES: UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO

Como Chile ya no es una isla en el mundo, conviene poner la mirada en lo que ha ido aconteciendo en otras legislaciones fuera de nuestras fronteras, especialmente aquellas que han servido de referencia a la nuestra en otras ocasiones.

Ya varios ordenamientos jurídicos del extranjero han adoptado en esta materia modelos con leyes conocidas ordinariamente como del “No es no”, estableciendo fórmulas amplias de ausencia de consentimiento o enumeraciones más extensas en cuanto a modalidades que constituyen expresión de esta ausencia, situación que difiere de lo que ocurre en la regulación local.

En primer lugar, es necesario colocar un pilar sobre lo que debe entenderse por consentimiento. De acuerdo con FLETCHER,⁴ la metafísica del consentimiento en las relaciones sexuales entre adultos es el resultado de un proceso de comunicación entre los protagonistas de la relación, a veces no explicitada verbalmente, que secuencialmente recorre una serie de fases que van desde los besos, abrazos, tocamientos en zonas erógenas y genitales, penetraciones por diversas vías con o sin preservativos, en distintas posturas, admitidas en toda su magnitud o restringidas solo a algunas de ellas.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, deja claro que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación de libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”⁵.

En ese contexto, uno de los principales problemas asociados a la ausencia de consentimiento en delitos sexuales consiste en el tratamiento que debe darse al silencio de la víctima. Mientras una parte de la doctrina aboga por un estándar estricto conforme al cual se requiere una expresión afirmativa de consentimiento antes del acto o penetración sexual para que este no

⁴ FLETCHER (1996), p. 169, cit. por MUÑOZ CONDE (2019).

⁵ Art. 36, N° 2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

sea delito, la otra (más tradicional) ha afirmado que el silencio no puede por sí solo significar ausencia de consentimiento⁶. Un caso paradigmático de la primera posición se ha manifestado en la jurisprudencia de algunos tribunales de Puerto Rico,⁷ que han declarado que el silencio de la víctima da lugar como mínimo a una presunción de falta de consentimiento, confiriéndole primacía al valor de la autonomía sexual.

Sobre este punto, es ineludible la referencia a la perspectiva de género: en la distribución histórico cultural de roles entre el hombre y la mujer se ha impuesto a esta última la carga de manifestar la disconformidad o disentimiento respecto del acto sexual⁸. La solución al problema sobre el silencio de la víctima debe, necesariamente, tener a la vista esta perspectiva y enderezar un campo que históricamente ha estado inclinado en un sentido.

Contrario a esta idea se ha manifestado DIEZ RIPOLLÉS,⁹ quien de manera reciente y a raíz de propuestas de modificación de los delitos sexuales en el ámbito español, ha defendido la necesidad de un derecho penal garantista e imparcial, en oposición a uno que se identifique con demandas de determinados colectivos sociales (en lo que él denomina “derecho penal identitario”). A pesar de no ser el objeto de este artículo, no podemos dejar de apuntar que, por una parte, el que el ordenamiento jurídico penal recoja demandas de grupos determinados de personas no importa, en modo alguno, contradecir la imparcialidad o garantismo de este; y, por otra parte, no se trata acá de un grupo acotado de personas, sino de la mitad de la población mundial que hace tiempo viene reclamando la corrección del tratamiento jurídico que históricamente ha recibido.

En lo sucesivo se revisarán algunos ordenamientos jurídicos de interés en relación con el asunto materia de estas páginas.

⁶ MIRANDA MILLER (2015), p. 441.

⁷ Ídem.

⁸ Véase PÉREZ HERNÁNDEZ (2019).

⁹ DIEZ RIPOLLÉS (2019). Debe dejarse constancia, en todo caso, de que el autor reconoce la existencia de “políticas sociales justas e imprescindibles, como sin duda lo es la que pretende erradicar la marcada desigualdad en las relaciones sexuales en nuestra sociedad” (p. 29). En dicho texto, además, el autor defiende la existencia de listas clausuradas de modalidades comisivas en delitos sexuales, en desmedro del concepto amplio de ausencia de consentimiento (p. 12).

2.1. Derecho comparado europeo

Varias legislaciones europeas ya han adoptado fórmulas adecuadas al concepto utilizado en el Convenio de Estambul. Tal es el caso de países como Suecia, Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte), Bélgica, Alemania, Islandia, Chipre, Irlanda y Luxemburgo. En España, luego de la polémica surgida a raíz de la sentencia dictada en el caso “La Manada” en abril de 2018,¹⁰ se ha abierto el debate sobre la necesidad de abordar cambios legales, lo que también ocurrió en Portugal y Dinamarca. Por su parte, en países como Escocia, Inglaterra o Gales se han logrado reformas legales para sancionar como delito de violación los casos de ausencia de consentimiento.

2.1.1. Alemania

El Código Penal Alemán regula los delitos de abuso sexual¹¹ agrupándolos según la forma concreta de afectación (o inexistencia) del consentimiento de la víctima: entre los artículos 174 y 174 c tipifica diversos supuestos en que existe una posición asimétrica entre el agresor y la víctima; en los artículos 176 a 176 b sanciona diversas hipótesis de abuso de menores de catorce años; y los delitos contra la libertad sexual de mayores de edad se alojan en los artículos 177 y 178, siendo el primero de ellos el que describe la base de la conducta punible.

La redacción y el tratamiento actual de la figura se han visto modificadas sustancialmente en virtud de la reforma aprobada el 7 de julio de 2016 y que entró en vigor en noviembre de dicho año. La modificación se corresponde con la que es conocida como «ley de no significa no», que fue

¹⁰ Sentencia 38/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018. El Tribunal Supremo Español revocó el fallo conociendo de un recurso de casación y estimó en definitiva que la víctima no consintió debido al estado de “intimidación ambiental” (Sentencia N° 396/2019 del Tribunal Supremo de España de 4 de julio de 2019).

¹¹ Dicho cuerpo legal regula los tipos penales que en nuestra denominación reciben nombres diversos (violación, estupro, abuso) bajo el concepto genérico de abuso sexual (*Sexueller Missbrauch*), y define la pena según distintas circunstancias que dicen relación con la menor o mayor presencia de consentimiento de la víctima, y con otras que acentúan su gravedad, como es principalmente el caso del acceso carnal.

impulsada por el acuerdo de las dos principales fuerzas políticas alemanas que conforman la coalición de gobierno.

En el origen de dicha reforma¹² no pueden obviarse los sucesos acaecidos la Nochevieja del 31 de diciembre de 2015 en Colonia, en que varias mujeres sufrieron tocamientos sexuales no consentidos por parte de hombres que las rodearon y sorprendieron. Ello dio lugar a la revitalización de las demandas que, desde las organizaciones feministas, venían reclamando una superación de la tradicional tipificación penal basada en el modelo de coacción para avanzar hacia otro que tuviera como base del delito la ausencia de consentimiento, en la línea de lo mandatado por el Convenio de Estambul.

El resultado de la reforma fue un nuevo texto del artículo 177 en virtud del cual se castiga, en su apartado primero, a quien, contra la voluntad perceptible de la víctima, lleve a cabo actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a una tercera persona. La falta de voluntad puede ser manifestada en forma explícita o implícita (llorar).

Las penas aumentan sensiblemente, estableciéndose un rango de mínimo seis meses de prisión y máximo de cinco años.

El apartado segundo impone la misma pena del apartado primero a quien realice las mismas conductas típicas cuando: 1. La víctima no está capacitada para formar o expresar su consentimiento; 2. el agresor se aprovecha de un estado físico o mental de la víctima que restrinja su capacidad para formar o prestar consentimiento, salvo cuando se haya asegurado de que la víctima lo ha prestado de forma expresa; 3. el autor se aproveche de un momento de sorpresa; 4. se aproveche de una situación en que la víctima está amenazada por un daño grave en caso de oponer resistencia; y 5. se amenace con un mal grave a la víctima para que realice el acto sexual o exprese su aquiescencia.

Los apartados 4 y 5 del artículo precitado elevan la pena al año de prisión, sin determinación del máximo (que queda en quince años según la regla general del artículo 38), en los casos en que la víctima no pueda formar o expresar su consentimiento por razón de enfermedad o discapacidad, se utilice la violencia contra la víctima o una amenaza directa contra su vida o integridad física y cuando esta se encuentre en situación de desprotección y a merced del autor.

¹² Véase https://elpais.com/internacional/2016/07/07/actualidad/1467889192_686977.html.

El apartado 6 establece que la pena mínima será de dos años en los casos de especial gravedad, entendiendo como tales los supuestos de realización del coito u otros particularmente humillantes para la víctima y, de forma especial, los que impliquen algún tipo de penetración corporal (violación) y cuando los actos se realicen conjuntamente por más de una persona.

Finalmente, los apartados 7 y 8 sancionan con penas mínimas de tres y cinco años respectivamente al agresor sexual (en cualquier supuesto de abuso sexual) que ponga en peligro o lesione efectivamente la salud de la víctima (regulando expresamente en este punto el uso o porte de armas en la comisión de la agresión).

Puede afirmarse entonces que en Alemania se ha adoptado un modelo basado en el consentimiento y en el que el uso de la violencia o la fuerza es utilizado como agravante de la conducta, pero no para calificar la agresión sexual. Su base, sin embargo, está en la constancia de la existencia de una oposición manifiesta de la víctima (modelo basado en el veto), bien porque así lo haya expresado o porque se deduzca de su comportamiento. Salvo en los supuestos de personas cuya capacidad de prestar consentimiento se encuentra afectada, que no anulada, en los que el precepto sí exige un consentimiento afirmativo y expreso para excluir el delito.

En definitiva, el modelo por el que se ha optado exige la constancia de una cierta oposición, no bastando con la ausencia de una expresión activa y evidente de querer participar en la actividad sexual. En los términos del problema planteado *supra*, al silencio de la víctima, sin alguna de las circunstancias indicadas, se le otorga valor de consentimiento.

Por lo demás, el concepto violación se reserva en el Código para aquellos supuestos en los que se produce algún tipo de penetración, sin perjuicio de que otras conductas, como la actuación en grupo, impliquen una penalidad similar.

2.1.2. Islandia

En abril de 2018 la Asamblea Parlamentaria Islandesa introdujo una enmienda que modificó el artículo 194 del Código Penal de 1940, dando al mismo un nuevo texto que, en su inciso primero, establece: “Cualquiera que practique el coito u otro tipo de acto sexual con una persona sin el consentimiento de esta será autor de violación y castigado con la pena de prisión de no menos de un año y un máximo de dieciséis. Se entiende

que hay consentimiento si este ha sido libremente expresado. Se entiende que no hay consentimiento si se emplea violencia, intimidación u otras formas de coerción ilegítima. ‘Violencia’ incluye privación de la libertad de actuar de la persona mediante el encierro, la medicación u otros medios equivalentes”. En su inciso segundo señala que también se considerará violación el coito practicado con una persona mediante aprovechamiento de algún trastorno psiquiátrico o discapacidad mental, o de cualquier otra razón por la que no pudiese resistirse a la acción o entender su significado.

En los artículos sucesivos regula una serie de agravantes que dicen relación con la edad de la víctima, la dependencia o influjo que sobre esta ejerce el agresor, y la violencia o daños ocasionados en la corporalidad de la víctima. El cuerpo legal en comento no hace distinción penológica entre los actos sexuales con o sin acceso carnal.

Vemos pues un sistema que ha llegado al más alto grado de protección¹³ y que penaliza, bajo el término violación, cualquier acto de carácter sexual que se practique sin consentimiento manifiesto de la víctima, en lo que sería un verdadero modelo basado en el consentimiento y no en el veto. En efecto, las modalidades comisivas habitualmente usadas en otras legislaciones (como fuerza o intimidación) no constituyen en este caso sino una especificación de cuándo debe entenderse ausente el consentimiento.

Se parte de la base de que el consentimiento como tal debe ser libremente manifestado, bien a través de la anuencia verbal, bien porque así se desprende de un comportamiento claramente identificable con una participación voluntaria. Cualquier hecho del que se siga que el consentimiento aparente fue prestado sin libertad efectiva en el caso concreto, se considera no prestado.

2.1.3. Suecia

El mismo año, Suecia adoptó una solución similar, mediante la reciente enmienda que modificó el Capítulo Sexto del Título II del Código Penal de 1962 en materia de delitos sexuales y que entró en vigor el 1º de julio de 2018.

¹³ El texto del artículo reseñado, en su versión anterior, se limitaba a sancionar como violación el coito practicado mediante el uso de violencia, intimidación u otras coerciones ilegítimas (disponible en inglés en <https://www.legislationline.org/download/id/6159/file/General%20Penal%20Code%20of%20Iceland%201.940,%20amended%202015.pdf>).

En dicha reforma se modifica el concepto de violación, contenido en el artículo 1° del Capítulo señalado, castigando a quien lleve a cabo el coito o cualquier otro acto sexual que, por la gravedad de la violación producida, sea equiparable al mismo, con otra persona que no esté participando voluntariamente, pudiendo ser castigado con la pena de dos a seis años de prisión.

El artículo prevé que, para valorar si la participación de la otra persona es voluntaria o no, habrá que considerar especialmente las expresiones de voluntariedad realizadas de manera verbal, mediante acciones o de alguna otra forma. A continuación, excluye expresamente el consentimiento cuando la participación de la víctima sea resultado de acoso, violencia o amenaza de algún delito, o el autor se aproveche indebidamente de una situación de vulnerabilidad de la víctima (inconsciencia, somnolencia, miedo severo, influjo de medicación o drogas, enfermedad, daños corporales, trastorno mental u otras circunstancias) o se prevalga de la situación de dependencia que la víctima tenga con el autor.

El artículo 1a contempla una figura excepcional, al castigar las conductas tipificadas en el artículo anterior cuando hubieren sido cometidas con negligencia grave de parte del autor respecto de la circunstancia de que la otra persona no está participando de manera voluntaria en el acto. En otras palabras, se trata del caso en que el autor no pudo, sin negligencia grave, sino representarse como probable que la víctima no participaba en el acto sexual de forma voluntaria. Se habla en este caso de una violación negligente, castigada con hasta cuatro años de prisión, salvo que se trate de un acto menos grave según las circunstancias, en cuyo caso la conducta es atípica (inciso final). La consigna es, entonces: si quieres tener sexo debes asegurarte de que la otra persona está consintiendo (consigna que, como se verá, también habita la legislación penal del Reino Unido, aunque de otra manera).

2.1.4. Bélgica

En el Capítulo V, el Código Penal belga regula los delitos de voyerismo, atentados al pudor (o agresiones indecorosas) y la violación.

El segundo delito de los mencionados se sanciona en los artículos 372 y 373, cuando la víctima es menor de edad o cuando el agresor emplea violencia, coerción, amenaza, sorpresa o engaño, o la agresión es posible

debido a la enfermedad de la víctima o su discapacidad física o mental. Se opta, entonces, por un modelo clausurado de hipótesis de ausencia de consentimiento o capacidad disminuida para prestarlo.

Distinto es lo que ocurre con el delito de violación, que se encuentra tipificado en el artículo 375 del Código Penal belga, vigente ya desde julio del año 1989 (veinte años antes de la Convención de Estambul). La disposición define el delito en cuestión como todo acto de penetración sexual, de la naturaleza que sea y por el medio que sea, cometido sobre una persona sin que preste su consentimiento; se le asigna la pena de cinco a diez años. En su inciso segundo, establece casos en que debe entenderse especialmente que no existe consentimiento: cuando el acto fue realizado mediante violencia, coacción, amenaza, sorpresa¹⁴ o engaño; o fue posible en razón de una enfermedad o discapacidad física o mental de la víctima.

A continuación, contempla una serie de agravaciones de pena asociadas a la minoría de edad de la víctima del delito descrito. En el caso de la víctima menor de catorce años, establece que habrá violación siempre que exista penetración sexual, sin importar las circunstancias.

Por último, en el inciso final del artículo 376, se contempla una agravante para los casos en que la violación o el “abuso indecente” se perpetre contra personas en estado de vulnerabilidad, debido a su edad, embarazo, enfermedad o daño físico o mental, siempre que el autor haya tenido conocimiento de dicho estado o que este haya sido notorio. El inciso agrava también el delito cuando es cometido mediante amenaza con un arma u objeto similar. En estos casos, la pena de prisión será de diez a quince años.

Se trata también, en lo que al delito de violación se refiere, de un tipo penal adecuado a los estándares fijados por el Convenio de Estambul, pues el elemento típico relevante (además del acto de penetración) es la ausencia de consentimiento de la víctima. De manera similar a las otras legislaciones revisadas, en lugar de definir de manera clausurada los supuestos en que debe entenderse que no hay consentimiento, el tipo penal se limita a exigir su ausencia en términos abstractos y determinar de manera concreta ciertos supuestos en que debe necesariamente afirmarse dicha ausencia. Aún más, en un modelo similar al alemán, contempla una agravante para aquellos

¹⁴ Las circunstancias de “amenaza” y “sorpresa” se incorporan al inciso segundo mediante ley de febrero del año 2016 que modifica diversas disposiciones concernientes a los delitos sexuales.

casos en que, dada la situación particular de notoria vulnerabilidad de la víctima, pueda afirmarse que su capacidad para prestar consentimiento se encuentra disminuida o es inexistente y el autor se aprovecha de dicha situación.

2.1.5. Francia

Distinto es lo que ocurre en la legislación francesa. El Código Penal de 1994, en su Capítulo 3, Sección 3 sobre agresiones sexuales, regula los delitos contra la libertad sexual, diferenciando claramente dos tipos delictivos: uno referente a la agresión sexual y otro a la violación. El artículo 222-22 define la agresión sexual como todo atentado sexual cometido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa. La misma disposición señala luego que tanto la violación como otras agresiones sexuales tienen lugar cuando se han impuesto a la víctima en las circunstancias mencionadas, “cualquiera que sea la naturaleza de las relaciones existentes entre el agresor y su víctima, incluso si están unidos por lazos matrimoniales”.

Dentro de estos medios coercitivos se introdujo, en virtud de la Ley N° 121-2010 de 8 de febrero, el artículo 222-22-1, que aclara y especifica lo que debe entenderse por coacción, estimando como tal tanto la física como la moral y, en concreto, la que deriva de la diferencia de edad entre la víctima menor y el agresor o de una relación de autoridad legal o de hecho.

En reforma posterior, de 3 de agosto de 2018 (Ley N° 2018-703), se agrega como aclaración que, cuando los actos se cometen en la persona de un menor de quince años, la coacción moral o la sorpresa se caracterizan por el abuso de la vulnerabilidad de la víctima que no tiene el discernimiento necesario para estos actos, punto sobre el que volveremos.

Finalmente, el artículo 222-23 regula el delito de violación, definiéndolo como cualquier acto de penetración sexual, cualquiera sea su naturaleza, cometido contra cualquier otra persona distinta del autor mediante violencia, coacción, amenaza o sorpresa; asignándole una pena privativa de libertad de quince años.

Mención especial merece la interpretación que la jurisprudencia francesa ha realizado de la modalidad comisiva por sorpresa en las agresiones sexuales, elemento que ha permitido cierta libertad a los tribunales para sancionar agresiones cometidas sin consentimiento de la víctima y, de

manera particular, aquellos casos en que existe error respecto de la identidad del agresor. Así, en sentencia reciente de 23 de enero de 2019, la Sala Penal del Tribunal de Casación de Francia, declaró que había obrado por sorpresa un sujeto de 68 años que creó un perfil falso en un sitio de citas en línea, en que afirmaba tener 37 años y una serie de cualidades falsas, incluyendo las imágenes exhibidas en dicho sitio, y tras diversos intercambios telefónicos de carácter íntimo, solicitó a las víctimas un primer encuentro sexual en su domicilio, el que se verificó en condiciones tales que no permitieron descubrir el engaño sino hasta consumado el acto: la víctima ingresaba con los ojos vendados, seguía la voz del agresor hasta la habitación, donde se la maniataba a la cama y mantenía relaciones sexuales con el autor¹⁵.

Como puede apreciarse, el sistema penal francés, en materia de delitos sexuales, se aparta de los estándares internacionales expuestos. Por un lado, llama la atención que la regulación de los delitos contra la libertad sexual siga gravitando sobre el uso de medios violentos o coercitivos y no sobre la ausencia de consentimiento, cuestión que aún debe resolverse para que sus disposiciones se entiendan adecuadas al Convenio de Estambul. Por otro lado, la reciente Ley N° 2018-703 mencionada, que de acuerdo a su título tiene por objeto fortalecer la lucha contra la violencia sexual y sexista, omitió establecer una edad mínima absoluta para prestar consentimiento, supuestamente para no afectar la garantía constitucional de presunción de inocencia,¹⁶ limitándose a afirmar que existirá delito cuando el menor de 15 años no tenga el discernimiento necesario.

¹⁵ Tribunal de Casación de la República de Francia, Sala Penal, N° 18-82.833 de 23 de enero de 2019. Disponible en francés en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?fastPos=1&fastReqId=1957598745&idTexte=JURITEXT000038091405&oldAction=rechJuriJudi>. La misma Sala Penal de dicho Tribunal, en sentencia N° 15-86.680 de 11 de enero de 2017, declaró la existencia de agresión sexual por sorpresa en un caso de error en la identidad de la persona en que la víctima, que se hallaba acostada luego de una fiesta en su propio domicilio, en la errada creencia de que un amigo de ella se había metido a su cama y teniendo motivos para creer tal cosa, le prodigó favores sexuales a un tercero asistente a la fiesta, que había sido rechazado por ella en reiteradas oportunidades durante la misma y que se aprovechó del error y tenía conocimiento del mismo. Sentencia disponible en francés en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033880005&fastReqId=752163069&fastPos=1>.

¹⁶ Véase <https://www.gazetadopovo.com.br/wisep-news/did-france-legalize-pedophilia-after-changing-its-penal-code/>.

2.1.6. Reino Unido

La Ley de delitos sexuales de 2003 (“Sexual Offences Act 2003”) regula, en su artículo 1º, el delito de violación, cometido por una persona cuando intencionalmente introduce su pene en la vagina, ano o boca de otra, sin el consentimiento de esta y sin que haya razonablemente creído que consentía. A continuación, se especifica que para determinar esta creencia razonable debe atenderse a todas las circunstancias, incluyendo los pasos o actos que el autor ha adoptado para averiguar si la víctima consiente. Por su parte, los artículos 2º y 3º tipifican los delitos de abuso sexual con y sin penetración de otras partes del cuerpo u objetos, replicando la regla del consentimiento establecida para la violación.

Las particularidades de la redacción del tipo penal tienen su origen, entre otras cosas, en el célebre caso “*Director of Public Prosecutions v. Morgan*” (1975), también conocido como “*Regina v. Morgan*”¹⁷. Se trata de un caso de violación en que la Cámara de los Lores absolvió a tres miembros de la Fuerza Aérea Real. Los acusados afirmaron creer que tenían el consentimiento de la víctima, cónyuge de un compañero (Morgan) que los llevó a su casa a tener sexo con su mujer¹⁸. Tal creencia se habría originado a partir de supuestos dichos del marido de que a ella le gustaba tener relaciones sexuales no convencionales y que probablemente fingiría su disconformidad con el acto. La víctima manifestó su oposición. La defensa levantó el argumento de que dicha creencia no tenía por qué ser razonable, mientras existiera, argumento que fue recogido en la sentencia absolutoria y se mantuvo vinculante hasta la Ley de 2003 expuesta.

A riesgo de desviarnos un poco del objeto de este apartado, debemos hacer presente que el fenómeno judicial reseñado no constituye en absoluto un caso aislado. El mito según el cual la mujer de avezada experiencia o de gustos particulares tiende a consentir el acto sexual, por lo que no sería necesario probar tal consentimiento, está ampliamente extendido en la práctica jurisprudencial, como ha hecho ver Julieta Di Corleto¹⁹.

¹⁷ Más detalles en DOLLY F. (1995).

¹⁸ El cónyuge también accedió carnalmente a la víctima en dicha oportunidad, pero no se presentó acusación por violación contra él, por una norma que eximía del delito de violación al marido.

¹⁹ DI CORLETO (2006).

La regulación británica constituye, entonces, no solo una tipificación adecuada al Convenio de Estambul, sino que además asigna al agresor la tarea de verificar la existencia del consentimiento de la víctima. Puede afirmarse, en los términos planteados al comienzo de este apartado, que el silencio por sí solo no puede, en este ordenamiento jurídico, entenderse como aquiescencia, pues el agresor debe procurar su verificación o al menos este debe razonablemente desprenderse de las circunstancias concomitantes.

2.2. *Latinoamérica*

En el escenario latinoamericano, en cambio, la ausencia de consentimiento como elemento típico de los delitos sexuales tiene un lugar más bien secundario y tangencial (salvo honrosas excepciones), lo que da cuenta de lo atrasados que estamos en la materia. Ello, en todo caso, está en sintonía con democracias siempre en cuestionamiento, de muchos vaivenes, y en las que los DDHH y la dignidad de las personas en general y de las mujeres en particular no han tenido aún el papel protagonista que debieran.

Sin perjuicio de ello, se aprecia una serie de avances en la materia.

2.2.1. *Argentina*

El Código Penal argentino, en su artículo 119, dispone: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare de una persona cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

La redacción actual fue incorporada, en lo relevante para esta exposición,²⁰ por la Ley N° 25.087 de mayo de 1999, que introduce la posibilidad de que el delito de abuso o violación se cometa sin que la víctima haya podido consentir libremente (por ejemplo, por error o sorpresa²¹), sustitui-

²⁰ Con posterioridad, la Ley N° 27.352, de fecha 17 de mayo de 2017, modificó el artículo en comento en lo relativo a precisar las acciones que comprende el delito de abuso sexual.

²¹ Señala FIGARI (2011), p. 73 que “la sorpresa puede asimilarse a la violencia pues, al darse una situación intempestiva es inviable que pueda suponer la existencia de un peligro”. En el mismo sentido, DONNA (2004), p. 29 señala que: “No escapa al reproche penal del autor,

yendo el concepto anterior que exigía que la víctima “no se pudiese resistir”, lo que sugería la necesidad de que ella opusiera resistencia efectiva durante la agresión para tener por concurrente la circunstancia comisiva²².

El inciso tercero aumenta las penas “cuando mediando las circunstancias del primer párrafo [inciso] hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”.

El tratamiento punitivo de los delitos sexuales en Argentina se acerca en cierta medida a los estándares internacionales, al abrir la posibilidad de que, por circunstancias distintas de las expresadas por la disposición citada (violencia, amenaza, abuso de relación de dependencia, etc.), la víctima se haya visto en la incapacidad de consentir libremente, modulando luego la pena según el grado de afectación corporal de la misma. Aún queda espacio para avanzar, pues el óptimo es, antes que sentar lo violento del acto sexual en la incapacidad para consentir libremente, fundarlo en la ausencia lisa y llana de consentimiento.

2.2.2. *México*

El Código Penal Federal mexicano representa un caso de interés, por cuanto se adecua al estándar de ausencia de consentimiento que se ha venido revisando, pero únicamente en lo referido al delito de abuso sexual, que no para el de violación.

En efecto, el artículo 260 (modificado el 14 de junio de 2020), establece: “Comete el delito de abuso sexual quien ejecute en una persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutar para sí o en otra persona, actos sexuales²³ sin el propósito de llegar a la cópula”. Impone la pena de seis a diez años.

si no medió consentimiento por parte de la víctima, quien, dada la agresión sexual sorpresiva, no pudo ofrecer resistencia al comportamiento del agresor”.

²² La voluntad del legislador de 1999 fue revisar y ampliar los conceptos de fuerza, intimidación o resistencia que utilizaba el Código Penal de 1921, a fin de dar un lugar predominante al libre consentimiento y a nuevos factores coactivos o intimidatorios que puedan anularlo. REINALDI (2005), p. 63.

²³ Incluye aquí las hipótesis en que el autor obligue a la víctima a realizar u observar actos sexuales o a exhibir su cuerpo sin su consentimiento, lo que en nuestra legislación co-

El artículo 262, por su parte, sanciona con tres meses a cuatro años de prisión a quien practique el coito con una persona mayor de quince años y menor de dieciocho, cuando haya obtenido su consentimiento mediante engaño.

Por su parte, el artículo 265 dispone que cometerá “delito de violación quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo”, imponiendo en tal caso la pena de ocho a veinte años. Se entiende por cópula la introducción tanto del pene como de cualquier otro objeto.

El artículo 266 amplía en alguna medida el restringido concepto de violación mediante violencia física o moral, al sancionar con ocho a treinta años de prisión al que, sin mediar dicha violencia, realice cópula (o introducción de objetos) con persona menor de quince años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o que por cualquier causa no pueda resistirlo. Como se indicó, este último concepto permite la interpretación según la cual la víctima debe manifestar resistencia para que exista el delito de violación.

Resulta altamente cuestionable el que para las agresiones sexuales que, en la mayoría de las legislaciones que se han venido revisando, merecen mayor pena, como son aquellas que representan transgresión física de límites corporales (violación), se eleve el estándar de exigencia en lo que al consentimiento se refiere. El ordenamiento jurídico en comento da pie a absurdos como el que se haga posible sancionar una acción sexual distinta del acceso carnal acometida por sorpresa como abuso sexual, pero si existe acceso carnal o introducción de objetos mediante dicha circunstancia la conducta no pueda ser sancionada como violación²⁴.

2.2.3. Perú

Los delitos contra la libertad sexual están regulados en el Capítulo IX del Código Penal peruano. Las disposiciones en dicha materia no difieren

responde más bien a la conducta de abuso sexual impropio descrita en el artículo 366 quáter del CP chileno.

²⁴ Mención aparte merece la precaria situación de las mujeres víctimas de abuso sexual y violación en México: según la Institución México Evalúa, el 99,7% de los casos de violencia sexual sufrido por las mujeres mayores de 18 años no fue denunciado. Fuente: <https://www.mexicoevalua.org/violencia-contra-la-mujer-los-datos-gritan-denuncia/>.

mucho de la legislación mexicana en lo relativo a la ausencia de consentimiento y modalidades de comisión de dichos delitos (y, por cierto, tampoco en mayor medida de la chilena).

Así, el artículo 170 tipifica la “violación sexual”, aparejando la pena privativa de libertad de entre seis y ocho años a quien, con violencia grave o amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Contempla a continuación una serie de agravantes.

Luego, el artículo 171 contiene y sanciona con pena privativa de libertad de diez a quince años la violación (también entendida como introducción de objetos o partes del cuerpo) de personas en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir, cuando el autor hubiere puesto a la víctima en dicho estado.

La pena aumenta a un rango entre veinte y veinticinco años cuando el autor cometiere dichos actos conociendo que la víctima sufre de alguna anomalía psíquica, de grave alteración de la conciencia, de retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir (artículo 172).

Finalmente, el artículo 173 sanciona con cadena perpetua a quien tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza los actos análogos ya reseñados, con un menor de diez años, e impone la pena de treinta a treinta y cinco años cuando la víctima es mayor de diez, pero menor de catorce años.

Nuevamente, se aprecia en la regulación peruana de los delitos contra la libertad sexual, la disposición de supuestos clausurados en los que debe afirmarse la ausencia de consentimiento (supuestos que son luego replicados o referidos en los artículos 176 y 176-A para tipificar los “actos contra el pudor”): violencia o grave amenaza; aprovechamiento del estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; condiciones psíquicas tales que inhiban la capacidad de comprender la significación del acto (siempre gravitando en torno a la “incapacidad de resistir”).

Luego, permanecen fuera de la conducta típica los casos en que el autor de la violación obre por sorpresa o en que la víctima, por otras razones, no consintiere en la realización de la conducta. Nos encontramos frente a otro caso de un ordenamiento jurídico que traspassa a la víctima la carga de ofrecer resistencia (o ser capaz de ello) para contar con la protección del tipo penal en cuestión.

2.2.4. Colombia

El Código Penal colombiano, en una regulación similar a la peruana recién revisada, agrupa los delitos sexuales en torno a dos circunstancias: el Capítulo I (“De la violación”) del Título IV trata aquellos casos en que el autor, mediante violencia u otros medios, pone a la víctima en situación de incapacidad de oponer resistencia al acto sexual, de comprenderlo o de prestar su consentimiento; mientras que el Capítulo II (“De los actos sexuales abusivos”) regula aquellos en que la víctima es menor de catorce años o por su estado es incapaz de resistirse.

Así, el artículo 205 tipifica el “Acceso carnal violento”, sancionando con prisión de doce a veinte años a quien acceda carnalmente²⁵ a otra persona mediante violencia; mientras que el artículo 206 (“Acto sexual violento”) impone la pena de ocho a dieciséis años a quien mediante violencia realizare otro acto sexual diverso.

El segundo grupo de casos está regulado en los artículos 208, 209 y 210. Los dos primeros sancionan a quien acceda carnalmente a un menor de catorce años (doce a veinte años de prisión) y a quien realice actos sexuales diversos con dicho menor de edad, o en su presencia, o lo induzca a prácticas sexuales²⁶ (nueve a trece años de prisión).

El artículo 210, por su parte, reprime con doce a veinte años de prisión a quien acceda carnalmente a personas en estado de inconsciencia, que padezcan trastorno mental o estén en incapacidad para resistir, sanción que se reduce a entre ocho y dieciséis años si se produce un acto sexual diverso del acceso carnal.

Un avance en la materia significó la incorporación del artículo 212A, mediante la Ley N° 1.719, de fecha 18 de junio de 2014²⁷. Dicha disposi-

²⁵ El artículo 212 del Código Penal colombiano señala: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

²⁶ De la misma manera que ocurre con el Código Penal mexicano, el tipo penal equipara las conductas que en nuestra legislación se separan en abuso sexual propio (artículo 366 bis de nuestro CP) y abuso sexual impropio o exposición de menores a actos de significación sexual (artículo 366 quáter del mismo cuerpo legal).

²⁷ Ley “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000 [Código Penal], 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víc-

ción se encarga de definir (ampliándolo considerablemente) el concepto de “violencia” utilizado en los capítulos I y II reseñados, definiéndolo para tales efectos como “el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

Llama la atención que el origen del texto resida en el artículo 7º 1) g)²⁸ del Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, elaborado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, que a su vez define el elemento “Crimen de lesa humanidad de violencia sexual” contenido en el artículo 7º g) del Estatuto de Roma, que instituye la Corte Penal Internacional.

En otras palabras, la regulación de la forma en que debe considerarse ausente el consentimiento en los delitos sexuales no se ajusta a la aludida Convención de Estambul, sino que al concepto de violencia sexual cometida en contexto de crímenes de lesa humanidad, cuestión que cobra sentido cuando se tiene a la vista el hecho de que la Ley N° 1719, que introduce la modificación al Código Penal colombiano, tiene por objeto, especialmente, proteger a las víctimas de violencia sexual asociada al conflicto armado interno²⁹.

Si bien la legislación en estudio se encuentra aún lejos del estándar fijado por la Convención de Estambul, permite sancionar otros casos de

timas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión de conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. El artículo 1º de dicha ley establece que su objeto es “la adopción de medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno. Estas medidas buscan atender de manera prioritaria las necesidades de las mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas”.

²⁸ 7 1) g)-1: Primer elemento del crimen de lesa humanidad de violación: “Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”.

²⁹ Véase *infra* nota al pie N° 27.

violación o abuso sexual sin consentimiento de la víctima, particularmente con la voz final del artículo “circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

Naturalmente, dichas “circunstancias similares” no podrán alejarse mucho de aquellas encerradas en la propia definición, como son el uso de fuerza, intimidación o abuso de poder, pero sí permite cierto espacio de interpretación para sancionar aquellos casos en que, dadas las circunstancias concomitantes, el silencio de la víctima se deba a algún impedimento para dar su libre consentimiento, como –nuevamente– la agresión cometida por sorpresa.

3. CHILE Y LA SITUACIÓN LEGAL FRENTE AL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES: ACTUALIDAD Y DESAFÍOS

En nuestro país, ni el tipo penal de violación, ni los demás delitos sexuales tradicionales, hacen referencia a la ausencia de consentimiento como fundamento de su antijuridicidad material. Más bien, esta ausencia se manifiesta de manera acotada en la concurrencia de alguna de las modalidades señaladas para el delito de violación y, en su caso, entendiéndose que concurre algún grado de consentimiento disminuido o viciado, se expresa en las modalidades de comisión del estupro.

Es claro, entonces, que nuestra legislación tiene un desfase respecto del estándar fijado en aquellas más avanzadas en la materia, a las que hemos hecho mención y reclama una urgente actualización.

Constituyen una excepción a lo señalado las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.153 del año 2019, que, entre otros cambios, estatuye la falta penal de acoso sexual, que se limita a lugares públicos o de libre acceso público –por lo cual es más conocida como acoso sexual callejero–, y que tipifica las conductas indicando expresamente que deben realizarse sin mediar el consentimiento de la víctima³⁰. La misma ley introduce

³⁰ La referida ley introduce el siguiente artículo al CP chileno: “Artículo 494 ter.- Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:

1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales.

además una modificación al delito de abuso sexual de mayor de catorce años, incorporando como modalidad comisiva el empleo de sorpresa o de cualquier otra maniobra que no suponga el consentimiento de la víctima, haciéndose por primera vez mención legal expresa a este elemento³¹.

Estas modificaciones, constituyen a lo menos un punto de partida; particularmente la referida a la falta penal de acoso sexual, pues si respecto de la conducta menos lesiva en el contexto de los delitos sexuales basta la ausencia de consentimiento para su consumación, con mayor razón debiese ocurrir lo propio respecto de las hipótesis más graves como son los tipos penales de abuso sexual, violación y estupro.

Pese a las falencias que hemos evidenciado en nuestra legislación, no podemos desconocer que poco a poco se han ido ampliando las modalidades comisivas de los delitos sexuales, desde luego a nivel normativo, como principalmente en virtud de la interpretación cada vez más amplia que nuestros tribunales han hecho de estas modalidades, en particular de una de ellas, a fin de sancionar todas aquellas hipótesis en que efectivamente no concurre el consentimiento de la víctima pues no se encuentra en condiciones de poder prestarlo.

Esta tendencia responde, por una parte, a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el país al momento de la suscripción de instrumentos internacionales de DDHH, como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)³² y, por otra, a la exigencia de dar una respuesta efectiva a las víctimas de esta clase de delitos.

2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales". Ley N° 21.153 de 2019.

³¹ La introducción de esta modalidad en el abuso sexual nos parece del todo criticable, a la luz de lo que se ha venido diciendo en este artículo sobre la ausencia de consentimiento, pues comprobada que sea la falta de consentimiento de la víctima, no debiesen hacerse diferencias en cuanto a la respuesta punitiva, salvo las que tengan que ver con la naturaleza del acto realizado o la mayor o menor relevancia del mismo. Desarrollamos con más detención este tema en el apartado 3.2.3.

³² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada por la Organización de Estados Americanos, de 1994. Este instrumento hace referencia expresa a la violencia sexual como una de las

La interpretación jurisprudencial referida ha ocurrido, en particular, a través de la modalidad comisiva de aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, contenida en el artículo 361 N° 2, segunda parte, del Código Penal³³.

Nos detendremos ahora en analizar esta circunstancia y en aquellos casos en que se ha tenido por concurrente, ya que permiten apreciar de qué manera nuestros tribunales han reconocido precisamente las hipótesis de ausencia de consentimiento de la víctima en estos delitos.

3.1. Regulación legal de la modalidad de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima

La modalidad aludida fue creada el año 1999³⁴ con el fin de llenar un vacío legal existente en este ámbito, pues ninguna de las que ya preveía la ley era suficiente para captar situaciones en que la víctima se encontrara inmovilizada –lo que le impedía oponerse– sin haber mediado fuerza de parte del agresor, o en que la víctima se encontrara privada de sentido.

En su redacción inicial, esta modalidad aludía a la incapacidad de la víctima para oponer resistencia, referencia inaceptable pues llevaba a un sector de la doctrina³⁵ y jurisprudencia a dar una interpretación restrictiva a esta circunstancia, entendiéndola solo procedente en hipótesis de incapacidad física, pese a que la historia de la ley da cuenta de haberse referido tanto a casos de incapacidad física como psicológica³⁶.

formas de violencia contra las mujeres, incluyendo, entre otras manifestaciones, la violación, el abuso sexual, la prostitución forzada y el acoso sexual (art. 2°). Por su parte, establece la obligación para los Estados Parte de sancionar y erradicar dicha violencia, por los medios apropiados y sin dilaciones (art. 7°).

³³ Sobre esta circunstancia véase OXMAN (2015) y SANTIBÁÑEZ (2013).

³⁴ Ley N° 19.617 de 1999.

³⁵ En este sentido se pronunciaban MALDONADO (2003), p. 250; POLITOFF *et al.* (2005), pp. 258 y 259; y RODRÍGUEZ (2000), p. 155. En cambio, a favor de una posición más amplia, incluyendo casos de incapacidad psicológica se pronunciaban GARRIDO (2010), pp. 285 y 286; OXMAN (2007), pp. 164-166; AGUILAR (2008), p. 39 y COX (2003), p. 158.

³⁶ Al inicio de la tramitación del proyecto, los casos a los que se aludía constituían causas distintas de la privación de sentido que impidieran a la víctima resistirse; luego, durante el Segundo Trámite Constitucional ante el Senado se entendió que la privación de sentido era un

Finalmente, el año 2010, la Ley N° 20.480,³⁷ que creó el delito de femicidio, entre otras modificaciones, eliminó la voz “resistencia” del numeral 2° del artículo 361, permitiendo de esta manera un desarrollo jurisprudencial fecundo de esta modalidad, dando cabida a hipótesis de la más variada índole que antes habrían sido consideradas atípicas, pues no se trata de situaciones asimilables al resto de las modalidades que, además, suelen ser interpretadas en forma muy rígida.

En este sentido, hoy día somos varios quienes nos hemos pronunciado a favor de una interpretación amplia de esta modalidad³⁸ y lo propio han hecho nuestros tribunales de justicia incluyendo a la Excm. Corte Suprema. Así las cosas, posiblemente esta modalidad sea la que admite una mayor amplitud, abarcando variadas hipótesis de ausencia de consentimiento, lo que sirve, al menos por el momento, de remedio a una legislación carente de fórmulas amplias de falta de consentimiento, como ocurre con algunos de los ordenamientos jurídicos analizados en el apartado segundo de este trabajo.

3.2. Casos en los que se ha aplicado la modalidad de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse³⁹

Los casos de aplicación de esta modalidad han sido de naturaleza muy diversa. Todos apuntan a situaciones graves de incapacidad para oponerse,

tipo de incapacidad de resistencia mental, de modo que las refundió en una sola; finalmente la Comisión Mixta vuelve a diferenciar ambas causales exigiendo abuso o prevalimiento solo respecto de la incapacidad para resistir “que puede ser física o mental”. Historia de la Ley N° 19.617 de 1999, pp. 11 y ss.

³⁷ Ley N° 20.480 de 2010.

³⁸ Entre otros, OXMAN (2015), pp. 95 y 105, SANTIBÁÑEZ (2013), p. 55 y SANTIBÁÑEZ (2015), p. 160. En un sentido contrario y abogando por mantener una aplicación restrictiva de esta modalidad RODRÍGUEZ (2014), p. 201, sin perjuicio de que este autor es –en una postura minoritaria a la que adherimos– partidario de una concepción amplia de la modalidad de intimidación, atendiendo, más que al carácter objetivo de la amenaza proferida contra la víctima, a la posición subjetiva de intimidación de la misma, lo que permitiría incluir en esa hipótesis algunos casos de incapacidad psíquica de la víctima.

³⁹ *In extenso*, pero con una clasificación algo distinta, véase el estudio realizado por SOVINO y HUERTA (2019), que se utiliza como fuente importante en este apartado del trabajo.

en los cuales, por lo mismo, no existe consentimiento de la víctima para la realización del acto sexual. Existe en este sentido una diferencia en relación con las modalidades propias del estupro, en que sí existe un consentimiento, pero viciado en su origen. No obstante, estimamos que esta diferenciación en muchas ocasiones se torna artificial, sobre todo, considerando los avances hechos en materia de psicología del adolescente. Ello, debiese llevarnos en algún minuto, a terminar con esta diferenciación de los tipos penales, entendiendo que, en las hipótesis de víctimas menores de edad, las exigencias en cuanto al consentimiento que se preste debiesen ser mayores, en particular cuando se trata de situaciones de asimetría, sea por edad o por la posición ocupada por el sujeto activo, pero ello amerita un estudio separado que por el momento nos aparta de nuestro cometido.

Los casos de incapacidad para oponerse corresponden a distintas hipótesis que van desde la incapacidad física de la víctima para oponerse hasta los casos en que, como ha expresado nuestra Excm. Corte Suprema, la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse⁴⁰. Dentro de este abanico de supuestos encontramos, entre otros, aquellos asociados a la especial forma de ataque del agresor, otros que dicen relación con las particulares características psíquicas de la víctima, situaciones de error o engaño que les imposibilitan reaccionar u oponerse y casos de víctimas que han desarrollado lo que se conoce como el síndrome del hechizo o síndromes de acomodación al abuso sexual, las que se encuentran en una situación de subordinación y sometimiento.

Si bien no es una tarea fácil agrupar este tipo de casos, porque en varios de los mismos concurre más de una hipótesis de incapacidad, intentaremos una agrupación considerando las características primordiales de cada situación.

Trataremos a continuación cada uno de estos grupos.

⁴⁰ SCS de 11 de octubre de 2018, rol N° 16676-2018, Csd. 5°, que rechaza recurso de nulidad entablado en contra de Sentencia TOP de Concepción. En un sentido similar se había pronunciado la Excm. Corte Suprema en un voto de minoría del abogado integrante Jean Pierre Matus en SCS rol N° 9470-2015.

3.2.1. Casos asociados a incapacidad física de la víctima

Este grupo de casos corresponde a aquellos en que no existe discusión sobre la aplicación de la modalidad, pues, como ya señalamos, es el sentido que se le dio originalmente a la misma por parte de la doctrina⁴¹.

A este grupo corresponden hipótesis asociadas a personas en situación de inmovilidad física, sea porque se encuentran atadas o por otra causa, así como aquellos casos asociados a contextos médicos en que el agresor aprovecha la posición de la víctima que le impide moverse.

A título ejemplar podemos mencionar acá los siguientes casos:

a) Víctima adolescente de catorce años con epilepsia, que es agredido por un tecnólogo médico mientras se realizaba un examen de electroencefalograma, acostado en una camilla, en un cuarto a oscuras, conectado a sensores y con instrucciones de parte del imputado de permanecer con los ojos cerrados y quieto para asegurar el éxito del examen, situación aprovechada por el agresor para introducir sus manos en el pantalón y masturbarlo⁴².

b) Condición de la víctima de escasa movilidad, por razón de su edad (muy mayor), contextura física,⁴³ discapacidad física,⁴⁴ padecer de parkinson, casos de subnormalidad intelectual más rigidez del cuerpo;⁴⁵ todos casos en que hay aprovechamiento por parte del sujeto activo de una grave situación de vulnerabilidad de la víctima.

⁴¹ Véase *supra* 3.1.

⁴² Sentencia TOP de Temuco, 8 de marzo de 2019, RUC N° 1800179205-5, RIT N° 70-2018 y SCA de Temuco, 29 de abril de 2019, rol N° 250-2019, que rechaza recurso de nulidad entablado en este caso.

⁴³ Sentencia TOP de Los Andes, 21 de febrero de 2006, RUC N° 0400243515-8, se refiere a las diferencias de contextura física, sumadas a la soledad del lugar y minoría de edad de la víctima.

⁴⁴ Sentencia TOP de Linares, 6 de diciembre de 2006, RUC N° 0500081626-6, víctima con minusvalía severa en su vista por desprendimiento de retina.

⁴⁵ Sentencia TOP de San Antonio, 15 de enero de 2007, RUC N° 0400214769-1. También en este sentido, Sentencia del TOP de Valdivia, 26 de octubre de 2017, RUC N° 1400063796-4 y RIT N° 132-2017, víctima con discapacidad cognitiva y problemas de motricidad, aunque se le da especial relevancia por parte del tribunal a las dificultades de la misma para comprender la significación de los hechos, por lo mismo también podría ser tratada como uno de los casos del apartado 3.2.6., esto es, situaciones de incapacidad psicológica de la víctima.

c) Otra situación de incapacidad física viene dada por estados situacionales en que se encuentra la víctima al momento del ataque, que la dejan en un estado de *shock* previo que es aprovechado por el sujeto que la agrede, como por ejemplo el haber ocurrido recién la comisión de un delito por parte de terceros contra la víctima.

3.2.2. Casos de privación parcial de sentido de la víctima

En este grupo de casos podemos encontrar los supuestos en que la víctima no se encuentra en un estado de privación absoluta de sentido, pero sí con un compromiso importante de consciencia que le imposibilita oponerse al ataque. En este caso, a diferencia de las hipótesis de privación total de sentido, se exige aprovechamiento por parte del autor, no bastando con afirmar el estado de afectación de consciencia de la víctima, sino, además, que ello era conocido por el agresor, quien se aprovechó del mismo para la comisión del ilícito⁴⁶.

Aquí pueden comprenderse, entre otros, los siguientes casos:

a) Mujer bajo el influjo de alcohol que es atacada por dos hombres quienes se aprovechan del estado en que se encuentra para hacerlo⁴⁷. En la misma situación, adolescente bajo los efectos del alcohol que es accedida carnalmente por un hombre aprovechando el estado en que se encuentra⁴⁸.

b) Víctima bajo los efectos del alcohol con condición diabética previa, que aumenta el efecto de la ingesta de alcohol,⁴⁹ o con condición de vulnerabilidad preexistente⁵⁰.

⁴⁶ Historia de la Ley N° 19.617, pp. 253 y 640. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ (2014), p. 200 y SANTIBÁÑEZ (2013), pp. 50 y 51.

⁴⁷ Sentencia TOP de Los Ángeles, 29 de abril de 2019, RUC N° 1700720849-9, RIT N° 18-2019.

⁴⁸ Sentencia TOP de Punta Arenas, 31 de marzo de 2015, RUC N° 1400960845-2, RIT N° 8-2015 y en el mismo caso SCA de Punta Arenas, 20 de mayo de 2015, rol N° 36-2015, rechazando el recurso de nulidad interpuesto.

⁴⁹ Sentencia TOP de Puerto Montt, 10 de junio de 2006, RUC N° 0500152018-2, en este caso además la víctima fue atacada por tres sujetos.

⁵⁰ Sentencia TOP de Linares, 3 de abril de 2007, RUC N° 0600127228-2, víctima con cuadro de depresión previa que se encontraba tomando ansiolíticos, medicamentos para dormir

c) Víctima en estado de ebriedad y que se encuentra vomitando, lo que es aprovechado por el agresor para agredirla sexualmente⁵¹.

3.2.3. Casos asociados a incapacidad de oponerse de la víctima por la forma de ataque

En este grupo encontramos hipótesis de ataques sorpresivos que ponen a la víctima en una incapacidad de reacción por la furtividad y el carácter imprevisto del mismo. Ejemplos de este tipo son:

a) Mujer adulta que se encontraba en la vía pública con ambas manos ocupadas cargando bolsas y que fue disimuladamente abordada por un hombre que le efectuó tocaciones en los glúteos, piernas y genitales aprovechando que se encontraba incapacitada para oponerse⁵².

b) Hombre que de forma sorpresiva besó en la espalda y efectuó tocaciones en los glúteos a la víctima, aprovechándose de la situación vulnerable en que se encontraba, acostada y de espaldas al hechor. El fallo se pronuncia justamente a favor de considerar que el elemento esencial de estos delitos es la falta de consentimiento de la víctima, lo que incluiría hipótesis de conductas de esta naturaleza realizadas en forma sorpresiva⁵³.

c) Falso paramédico que aprovechó que la víctima se encontraba desnuda para efectuarle tocaciones en forma sorpresiva⁵⁴.

Estas hipótesis de ataques sorpresivos han tenido acogida en la modalidad comisiva en comentario incluso desde antes de la modificación legal del

y presentaba un cuadro de debilidad emocional, en que la ingesta de dosis étlicas pequeñas genera un efecto mayor.

⁵¹ Sentencia TOP de Antofagasta, 16 de diciembre de 2004, RUC N° 0300091021-9. En un caso similar de una víctima en estado de ebriedad, Sentencia TOP de Linares, 7 de agosto de 2019, RUC N° 1800017974-0 y RIT N° 15-2019 y en la misma causa rechazando recurso de nulidad interpuesto por la defensa SCS, 8 de enero de 2020, rol N° 24170-2019.

⁵² Sentencia TOP de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018.

⁵³ Sentencia TOP de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014, Csd. decimotercero y SCA de Concepción, 19 de diciembre de 2014, rol N° 743-2014, recaída en el mismo caso que rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

⁵⁴ Sentencia TOP de Calama, 1 de junio de 2007, RUC N° 0600188547-0, RIT N° 28-2007.

año 2010 y nos parece que es la interpretación correcta que debe darse a esta forma de ataque, en que claramente no existe un consentimiento de la víctima, elemento esencial que tiñe de ilicitud estas conductas como lo hemos señalado sostenidamente. De esta manera, insistimos⁵⁵ en lo poco afortunada que resultó la modificación efectuada por la Ley N° 21.153, sobre acoso sexual en espacios públicos, a la que ya nos referimos, y que sanciona con una pena bastante menor –presidio menor en su grado máximo– los casos de abusos sexuales contra mayores de catorce años cometidos empleando sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima. En este sentido, consideramos que la única manera de mantener una interpretación armoniosa de los delitos sexuales, tomando en consideración además la historia de la ley,⁵⁶ es entender que las hipótesis a que hace referencia la disposición son de menor gravedad, consistentes en conductas de significación sexual cometidas sorpresivamente, de manera furtiva y de ejecución instantánea en lugares de alta afluencia de público como medios de transporte, calles y eventos masivos, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual, física o situacional que coloque a la víctima en una posición de especial vulnerabilidad que le impida oponerse, en cuyo caso la modalidad comisiva aplicable debiese ser la de incapacidad para oponerse del artículo 361 N° 2 a la que nos venimos refiriendo.

3.2.4. Casos asociados a estados de inmovilidad de la víctima provocados por estados de paralización por shock

La creencia de que la víctima frente a una agresión sexual debe necesariamente defenderse y ofrecer resistencia, que durante muchos años fue exigida por parte de los tribunales a propósito de la modalidad de fuerza, claramente es errada. El tipo penal no lo exigía y la referencia que hacía a ella la modalidad segunda del artículo 361 del CP fue eliminada el año 2010. Antes que ofrecer resistencia, las reacciones de las víctimas frente a un ataque sexual pueden ser de la más diversa índole: así, mientras algunas pueden huir o enfrentarse al agresor, otras, con más habitualidad de lo que

⁵⁵ Véase *supra* nota al pie N° 31.

⁵⁶ Historia de la Ley N° 21.153 de 2019. Fundamentación de la Moción Parlamentaria, pp. 1 y ss.

nos imaginamos, frente a la inminencia de una agresión sexual quedan paralizadas, en lo que se conoce como inmovilidad tónica⁵⁷.

La inmovilidad tónica es un fenómeno estudiado en personas y también en animales que consiste en una reacción involuntaria frente a un ataque que supone una serie de síntomas incluyendo incapacidad de moverse e incluso de gritar, originados por un miedo intenso que busca disminuir las posibilidades de daño frente al inminente ataque⁵⁸.

Este tipo de reacción de la víctima en la mayoría de los casos supone claramente que se encuentra intimidada, de tal manera que, de acuerdo con la posición doctrinaria a la que adherimos, se trataría de esta modalidad comisiva (intimidación), entendida en una concepción amplia,⁵⁹ en la medida que la víctima experimente temor o miedo. Sin embargo, esta posición es minoritaria en doctrina y también por parte de la jurisprudencia, que la interpretan de una forma restringida, exigiendo la existencia de una amenaza de un mal grave e inminente, y que además sea seria y verosímil⁶⁰. Por eso, en varios de estos casos, la modalidad que se ha aplicado es precisamente esta a la que nos hemos estado refiriendo —aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima—, considerando

⁵⁷ En una investigación realizada en la década de los 90 en EE.UU., se concluye que un 37% de las mujeres víctimas de violación, manifestaron haberse paralizado durante el ataque. GALLIANO *et al.* (1993), p. 111.

⁵⁸ MARX *et al.* (2008), pp. 74-90 y BADOS (2015), p. 1.

⁵⁹ RODRÍGUEZ (2014), pp. 195-198; SANTIBÁÑEZ (2013), p. 50; SANTIBÁÑEZ (2015), p. 157 y WINTER (2018), p. 23.

⁶⁰ Entre ellas/os, AGUILAR (2008), p. 34; GARRIDO (2010), p. 281; y MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 160. En materia jurisprudencial la Corte Suprema ha definido la intimidación como amenaza de hacer a la víctima “objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal. De este modo, el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo y basado en actos concretos de amenazas hacia la integridad física” (SCS, 10 de marzo de 2003, rol N° 4115-2002; y SCS, 5 de enero de 2005, rol N° 3640-05). Sin embargo, en un pronunciamiento del año 2014, es posible inferir un cambio en la postura, al estimar que no existía infracción de derecho en un fallo del TOP de Talca (Sentencia de 10 de diciembre de 2013, RUC N° 1100837821-7, RIT N° 134-2013), que entendió que la intimidación tenía un carácter subjetivo, al constituir coacción el aprovechamiento por parte del sujeto activo de una deficiencia mental leve y de la relación de confianza existente con la víctima (SCS, 30 de enero de 2014, rol N° 17107-13).

efectivamente que la voluntad de la víctima queda anulada por los efectos que se producen en ella⁶¹.

A modo ejemplar puede señalarse la situación de una adolescente abordada en un bus interurbano por un agresor que le efectuó tocaciones en sus glúteos y pechos; la víctima señaló en su declaración haber quedado en estado de *shock*, que no podía moverse y que contaba con una nula capacidad de reacción, lo que llevó al tribunal a calificar el caso como un abuso sexual de mayor de catorce años con la modalidad del artículo 361 N° 2, segunda parte del CP⁶².

3.2.5. *Casos en que prima el contexto situacional, la conducta engañosa y el ejercicio de un rol por parte del sujeto activo*

Caben aquí situaciones en que, si bien parece existir sorpresa en el actuar del agresor, lo que prima son contextos situacionales en que el sujeto aprovecha la confianza y las circunstancias personales de la víctima, lo que provoca una inhibición de la capacidad de reacción de la misma, estando impedida de oponerse. Acá encontramos casos asociados a personal del área de la salud como médicos o terapeutas⁶³. Dentro de este grupo podemos citar a modo ejemplar los siguientes:

a) Imputado que se hacía pasar por masajista y podólogo, con el objeto de ingresar al domicilio de las víctimas –en su mayoría de la tercera edad–, donde procedía a efectuarles masajes y luego, aprovechando el contexto, les efectuaba diversos actos de significación sexual y relevancia⁶⁴.

b) Imputado médico que efectuó tocaciones y frotaciones a dos víctimas aprovechando la realización del examen ginecológico, excediendo el procedimiento habitual del examen respectivo, engañando a las víctimas

⁶¹ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 160, abogan por la posibilidad de estar ante esta circunstancia en casos limítrofes, en que no se aprecien todos los requisitos exigidos para la intimidación.

⁶² Sentencia TOP de San Bernardo, 12 de septiembre de 2018, RUC N° 1700691931-6, RIT N° 259-2018 y en el mismo caso rechazando el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, SCA de San Miguel, 5 de noviembre de 2018, rol N° 2695-2018.

⁶³ MATUS y RAMÍREZ (2018), pp. 162, 163 y 173; y SANTIBÁÑEZ (2013), p. 52.

⁶⁴ Sentencia 5° TOP de Santiago, 31 de agosto de 2017, RUC N° 1500647259-9, RIT N° 126-2017.

en cuanto a la significación del mismo⁶⁵. En el mismo sentido, caso de supuesto matrón o médico que efectuó tocaciones a distintas víctimas aprovechando el contexto de examinación⁶⁶.

c) Caso de técnico paramédico de Gendarmería de Chile, que aprovechaba dicha situación para llevar a cabo conductas de contenido sexual con diversas postulantes a la Escuela de Suboficiales de la institución, consistentes en tocaciones en sus mamas y genitales, bajo el pretexto de realizarles una revisión de tipo ginecológica⁶⁷.

3.2.6. Casos de error en la persona⁶⁸

Se trata de hipótesis extrañas más propias de textos académicos, en que la víctima incurre en un error respecto de la identidad del sujeto activo y consiente creyendo equivocadamente que se trata de su pareja. El agente se aprovecha o propicia este error en la víctima para lograr el acercamiento sexual. Sin duda, en estas hipótesis no hay un auténtico consentimiento de la víctima en la actividad sexual.

En nuestro sistema es una hipótesis de ocurrencia muy excepcional. Pero podría ocurrir respecto de hermanos gemelos o cuando se trata de víctimas que incurren en error producto de la ingesta de alcohol. A modo ejemplar está el caso de error en la persona respecto de un sujeto que entra a la casa de una mujer y se acuesta en su cama y ella, creyéndolo su pareja, mantiene contacto sexual con él, momento en el cual se da cuenta de que se trata de otra persona⁶⁹.

⁶⁵ Sentencia 7° TOP de Santiago, 15 de septiembre de 2017, RUC N° 1200968694-9, RIT N° 262-2017 y SCA de Santiago, 7 de noviembre de 2017, rol N° 3552-2017 que rechaza el recurso presentado en este caso.

⁶⁶ Sentencia TOP de Cañete, 7 de julio de 2017, RUC N° 1500550325-3, RIT N° 31-2017 y SCA de Concepción, 26 de agosto de 2017, rol N° 665-2017 que rechaza el recurso de nulidad presentado.

⁶⁷ Sentencia TOP de Temuco, 25 de julio de 2017, RUC N° 1600965518-6, RIT N° 126-2017.

⁶⁸ En Francia, como analizamos, se han recogido jurisprudencialmente hipótesis como estas bajo la modalidad de sorpresa. Véase *supra* apartado 2.1.5.

⁶⁹ SCA de Rancagua, 16 de junio de 2015, rol N° 283-2015, que rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de sentencia del TOP de Santa Cruz, de 25 de abril de 2015. Señala la

3.2.7. Casos de incapacidad psicológica para reaccionar de la víctima⁷⁰

Acá encontramos los supuestos asociados a la presencia de aspectos fenomenológicos propios de las conductas sexuales abusivas, que dan cuenta del desarrollo de síndromes como el de acomodación al abuso sexual o el fenómeno del hechizo. Este conjunto de síntomas suele ocurrir en dinámicas sexuales crónicas abusivas y se dan entre sujetos que tienen vínculos de especial cercanía con la víctima o que se erigen como figuras de autoridad y casi de culto en ciertos casos para ellas.

El hechizo ha sido definido por PERRONE y NANNINI como una forma extrema de relación no igualitaria, que se caracteriza por la influencia que una persona ejerce sobre otra, sin que esta lo sepa y que, en general, tiene larga data. La relación de influencia que se ejerce sobre la víctima se sitúa fuera de su conciencia, existiendo una dialéctica de dominación y de sumisión que se ejercita con o sin el acuerdo del sujeto subordinado. Esta situación claramente hace que la víctima se encuentre en una situación de limitación, lo que le impide oponerse a la realización de conductas de carácter sexual o abusivo en su contra, pues en muchas ocasiones el agresor genera un control completo sobre la vida de su víctima⁷¹.

Otro de los modelos comprensivo de las dinámicas presentes en la victimización sexual, que ha sido identificado con la incapacidad para oponerse, corresponde al síndrome de acomodación al abuso sexual,⁷² en que la víctima despliega conductas normales y tiende a acomodarse a la situación abusiva, considerando que no tiene forma de escapar de ella, lo

Corte que el error en que incurrió la víctima es “efectivamente un impedimento psicológico o subjetivo, que le hace imposible oponerse, de manera tal que la conducta del autor se encuentra dentro de la hipótesis del artículo 361 N° 2 del Código Penal (...)”, Csd. tercero.

⁷⁰ Véase *in extenso* SOVINO y HUERTA (2019), pp. 103-108.

⁷¹ PERRONE y NANNINI (1997), pp. 117-142.

⁷² El síndrome ha sido descrito por Ronald Summit, M.D. y está compuesto por cinco categorías (1) el secreto impuesto por el sujeto activo, (2) el desamparo, que describe la posición en que se encuentra la víctima (3) el entrapamiento y acomodación de la víctima, cuya única opción es aprender a aceptar la situación para sobrevivir (4) la revelación tardía y no convincente y (5) la retractación. En estos casos la persona termina en un lugar de sacrificio en pos de conservar algo de su equilibrio vital y aprende a acomodarse a los requerimientos sexuales como una manera de sobrevivir, perdiendo su capacidad de autodeterminarse en la esfera de la sexualidad. SUMMIT (1983), pp. 177-193.

que la pone en una situación de incapacidad psicológica para oponerse al abuso, pues su voluntad para consentir al acto se encuentra anulada⁷³.

Si bien estas dinámicas de acomodación al abuso sexual suelen darse en contextos intrafamiliares, también pueden darse respecto de sujetos con los que la víctima tiene una cercanía emocional importante, sobre todo cuando existe una condición de vulnerabilidad previa que es aprovechada por el agresor para instalar esta dinámica.

Dentro de estos casos podemos encontrar aquellos asociados a sectas o situaciones de abusos cometidos por guías espirituales, como por ejemplo pastores o sacerdotes, por personal de salud a cargo de atenciones o tratamientos prolongados –psicólogos, psiquiatras, médicos a cargo de tratamientos crónicos– y por sujetos que ejercen labores educativas respecto de la víctima o tienen con ella una relación laboral y existe un aprovechamiento de su grave vulnerabilidad.

En este amplio grupo de situaciones podemos citar a modo ejemplar las siguientes:

a) Hombre condenado por conductas constitutivas de abuso sexual cometidas de forma sistemática, prevaliéndose de su calidad de jefe y dueño de la empresa en la que trabajaba la víctima⁷⁴.

b) “Mentalista” a quien se le atribuían poderes de sanación que accede carnalmente a víctima de quince años, la cual era presionada por la familia para efectuarse un tratamiento con este sujeto considerando los supuestos poderes que poseía⁷⁵.

c) Mujer, trabajadora de casa particular, que vivía junto a su cónyuge en un fundo en que trabajaban y que es agredida sexualmente por el dueño del lugar, quien aprovecha el vínculo de confianza existente y subyuga la voluntad de la víctima por medio de advertencias como despedir a su marido o echarlos de la casa donde habían vivido por años. El agresor sorprende a la víctima, mientras ejercía labores de aseo en el baño, y la

⁷³ En el mismo sentido nos pronunciamos en SANTIBÁÑEZ (2013), p. 52.

⁷⁴ Sentencia TOP de Colina, 18 de enero de 2020, RUC N° 1700442100-0, RIT N° 125-2019 y SCA de Santiago, 3 de abril de 2020, rol N° 551-2020 que rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa en este caso.

⁷⁵ Sentencia TOP de Punta Arenas, 13 de octubre de 2007, RUC N° 0600325064-2.

abusa sexualmente mientras le decía que “las empleadas son para todo servicio”, amenazándola con despedirla a ella y a su marido si no lo hacía⁷⁶.

d) El caso más relevante dentro de este grupo corresponde a uno conocido por el TOP de Concepción respecto de un pastor evangélico acusado de cometer diversos abusos sexuales contra tres víctimas, que a la fecha de los hechos tenían entre quince y veinticinco años de edad. Estas personas eran parte de una comunidad religiosa liderada por el imputado, quien ejercía un rol de autoridad y de líder espiritual. Respecto de los hechos delictivos, consistían principalmente en besos y tocaciones, y fueron cometidos en el templo, por regla general estando a solas con las ofendidas. Durante el juicio oral se demostró que el acusado era una persona respetada y obedecida por su comunidad, imponiendo incluso reglas respecto de la vida privada de los integrantes de esta iglesia, como pedir autorización para pololear y aprobación para casarse, entre otras. El Tribunal condenó al imputado, estimando que las víctimas “se vieron impedidas de oponerse a las conductas abusivas de parte del acusado”, dado que “la capacidad de las víctimas para percibir el mundo circundante estaba significativamente alterada, ello por encontrarse totalmente inmersas en un contexto en que creían que las reglas impuestas por la iglesia a la que pertenecían, especialmente las impartidas por el líder de la misma, debían ser necesariamente cumplidas por ellas, so pena de ser sancionadas públicamente como personas que se apartaban del camino de su dios, por el acusado (...). Esto provocaba que las víctimas estuvieran en la imposibilidad psíquica de negarse a los abusos por parte del encartado”⁷⁷.

Este caso tuvo pronunciamiento de la Corte Suprema, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa alegando errónea aplicación del derecho, señalando que el autor tenía la “condición de pastor y guía espiritual”, estado que lo colocaba, respecto de las mismas [víctimas], como

⁷⁶ Sentencia TOP de Osorno, 13 de febrero de 2020, RUC N° 1701081207-0 y RIT N° 152-2019 y, en el mismo caso, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por la defensa SCA de Valdivia, 26 de mayo de 2020, rol N° 230-2020. El tribunal toma en consideración particularmente el vínculo de asimetría y la condición de vulnerabilidad de la víctima, en íntima concomitancia con sus circunstancias sociales, familiares, laborales y de personalidad que conforman un acervo potente de elementos que le permiten subsumir los hechos probados en la circunstancia de incapacidad para oponerse.

⁷⁷ Sentencia TOP de Concepción, 5 de julio de 2018, RUC N° 1400869213-1, RIT N° 108-2018, Csdos. duodécimo y decimocuarto.

líder, a consecuencia de su autoridad religiosa, generándose un vínculo de confianza que puso a las afectadas en una situación de vulnerabilidad desde que ejercía control personal y social basado en el vínculo de espiritualidad existente, así como también en la condición de subordinación a la autoridad, explotación que le permite inhibir totalmente la oposición que pudiesen manifestar las víctimas, las cuales reúnen no solo la condición de menores de edad, sino además y por sobre todo ser fieles de la iglesia que regentaba el acusado (...) tienen la entidad suficiente para configurar la incapacidad de oponerse al verse impedidas, las niñas, de manifestar su rechazo, por su posición de miembros de una organización religiosa y por la investidura del hechor”⁷⁸.

4. CONCLUSIONES

El estado de evolución normativa del derecho penal sexual en Chile, en el sentido de dar protección penal a las víctimas en todas las hipótesis de ausencia de consentimiento, tal como lo hemos indicado durante el desarrollo de este artículo, resulta insuficiente de cara a satisfacer el estándar que impone el desarrollo y evolución de una sociedad democrática considerando sobre todo las directrices que emanan del Derecho Internacional de los DDHH, principalmente en cuanto al deber del Estado de erradicar toda forma de violencia en contra de los grupos más afectados por estos delitos.

Frente a una regulación legal deficiente, la carga recae necesariamente en los tribunales. Permitir que estos decidan caso a caso es una solución peligrosa, pues se presta a que, en los casos límites o difíciles, se vean obligados a escoger entre realizar interpretaciones amplias de la ley penal, como lo han venido haciendo o, por el contrario, permitir que conductas portadoras de la mayor antijuridicidad material y altamente reprochables queden impunes.

Por lo mismo, es necesario avanzar en una modificación normativa que gire en torno a la idea de ausencia de consentimiento de la víctima en términos amplios, estableciendo tal vez una enumeración a título ejemplar de situaciones en las cuales no existiría consentimiento alguno de la víctima, como por ejemplo las situaciones de violencia o privación de sentido o

⁷⁸ SCS, 11 de octubre de 2018, rol N° 16676-2018, Csd. séptimo.

aprovechamiento de su incapacidad física o psíquica para oponerse. Por otro lado, la nueva legislación deberá hacer distinciones atendiendo a la gravedad de las conductas que se desplieguen contra la víctima a efectos de establecer penas proporcionales a cada caso, considerando para ello no solo el tipo de conducta realizada sino las características particulares de la víctima conocidas por el autor.

Actualmente se encuentran en discusión proyectos de ley que buscan modificar íntegramente o en parte los delitos contra la libertad e indemnidad sexual⁷⁹. Sin embargo, las propuestas en discusión requieren a nuestro juicio de algunas modificaciones en orden a mejorar la tipificación de las conductas y la proporcionalidad de las penas asociadas. En el intertanto, nos parece que la forma en que se ha estado aplicando la circunstancia del aprovechamiento de la incapacidad para oponerse, va en el sentido correcto y no supone la infracción de ningún principio rector del Derecho Penal, pues son todas situaciones en que efectivamente la víctima se ha encontrado incapacitada física o psíquicamente para oponerse al ataque de su agresor. Tal como se ha señalado, basta con llevar a cabo una correcta interpretación, basada en el sentido natural y obvio de las palabras de la ley, la historia legislativa y en “un esfuerzo por otorgar la mayor protección posible a los bienes jurídicos protegidos por el delito”⁸⁰.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, Cristián (2008): *Delitos Sexuales. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Chile, Editorial Metropolitana).
- BADOS, Arturo *et al.* (2015): “Predictores de la inmovilidad tónica ante eventos traumáticos”, *Anales de Psicología*, vol. 31, N° 3 (Murcia, Universidad de Murcia), pp. 782-790.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1999), *Historia de la Ley N° 19.617. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de viola-*

⁷⁹ Entre otros la iniciativa llamada “no es no”, que busca modificar el delito de violación para incluir expresamente la ausencia de consentimiento de la víctima (Boletín N° 11.714-07, Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación).

⁸⁰ SANTIBÁÑEZ (2013), p. 57.

- ción* [en línea] (Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional), disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>.
- _____ (2019): *Historia de la Ley N° 21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos* [en línea] (Valparaíso, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional), disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7660/>.
- COX, Juan Pablo (2003): *Los Abusos Sexuales. Aproximación Dogmática* (Santiago, Chile, LexisNexis).
- DI CORLETO, Juliana (2006): “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, *Nueva Doctrina Penal (NDP)*, 2006/B (Buenos Aires, Ed. del Puerto), pp. 411-440.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2019): “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>.
- DOLLY F., Alexander (1995): “Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain”, *7 Pace Int’l L. Rev.*, 207. Disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol7/iss1/7>.
- DONNA, Edgardo (2004): *Delitos contra la integridad sexual* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Eds., 2ª ed. actualizada).
- FIGARI, Rubén (2011): *Delitos de índole sexual Doctrina nacional actual* (Córdoba, S&S Editores, 2ª ed. actualizada y ampliada).
- GALLIANO, Grace; NOBLE, Linda; TRAVIS, Linda y PUECHL, Carol (1993): “Victim Reactions During Rape/Sexual Assault: A Preliminary Study of the Immobility Response and Its Correlates” [en línea], *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 8, N° 1 (California, Estados Unidos, SAGE Publications), pp. 109-114. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/088626093008001008>.
- GARRIDO, Mario (2010): *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III (Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 4ª ed. actualizada).
- MALDONADO, Francisco (2003): “Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales”, *Problemas Actuales del Derecho Penal* (Temuco, Chile, Universidad Católica de Temuco), pp. 225-266.

- MARX, B. P. *et al.* (2008): “Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors”, *Clinical Psychology: Science and Practice*, 15 (1), 74-90.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2018): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2ª ed.)
- MIRANDA MILLER, Óscar (2015): “El (limitado) rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual”, *Revista Jurídica UPR*, vol. 84, N° 2, pp. 413-446.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2019): “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, *Revista penal*, N° 43 (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 290-299.
- OXMAN, Nicolás (2007): *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile* (Santiago, Librotecnia).
- _____ (2015): “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, *Revista Política Criminal*, vol. 10, N° 19, art. 4º, pp. 92-118 (Santiago, Universidad de Talca, Centro de Estudios de Derecho Penal). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A4.pdf.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli (2016): “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, N° 4 (octubre-diciembre), pp. 741-767.
- PERRONE, Reynaldo y NANNINI, Martine (1997): *Violencia y abusos sexuales en la familia: Un abordaje sistémico y comunicacional* (Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós).
- POLITTOF, Sergio *et al.* (2005): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2ª ed.).
- REINALDI, Víctor (2005): *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley N° 25.087* (Córdoba, Argentina, Editora Lerner, 2ª ed.).
- RODRÍGUEZ, Luis (2014): *Delitos sexuales* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2ª ed. actualizada).
- _____ (2000): *Delitos sexuales* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica).
- SANTIBÁÑEZ, María Elena (2013): “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15. Delitos Sexuales.

Año 4, pp. 43-59 (Santiago, Universidad de los Andes, LegalPublishing, Thomson Reuters).

_____ (2015): “Los Delitos Sexuales tradicionales y sus principales modificaciones”, en *Violencia Sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos*, cap. V (Santiago, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile), pp. 145-187.

SOVINO, Maurizio y HUERTA, Sofía (2019): “Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad/indemnidad sexual”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 77 (Santiago, Chile), pp. 83-114.

SUMMIT, Ronald (1983): “The child sexual abuse accommodation syndrome” [en línea], *Child Abuse and Neglect*, vol. 7, N° 2 (Amsterdam, Países Bajos, Elsevier), pp. 177-193. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0145213483900704?via%3Dihub>.

WINTER, Jaime (2018): *Delitos contra la indemnidad sexual. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial* (Santiago, Chile, DER Ediciones).

NORMAS LEGALES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), 7 de abril de 2011. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/home>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de 9 de junio de 1994.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, de 2 de noviembre de 2000. Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/ElementsofCrimeEsp.pdf>.

Código Penal de la República Federal de Alemania. Disponible en alemán en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> y en inglés en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

Código Penal de Islandia. Disponible en inglés en: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=dd8240cc-c8d5-11e9-9449-005056bc530c>.

Código Penal del Reino de Suecia. Disponible en inglés en: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/1/Sweden/show>.

Código Penal del Reino de Bélgica. Disponible en francés en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi.

Ley 2016.009.070 del Reino de Bélgica (29.02.2016), modifica diversas disposiciones concernientes a los delitos sexuales. Disponible en francés en: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=-fr&la=F&table_name=loi&cn=2016020109.

Código Penal de la República francesa. Disponible en francés en: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Ley 2010-121 de la República francesa (8.02.2010), dirigida a incorporar el incesto cometido sobre menores de edad en el Código Penal y a mejorar la detección y atribución de responsabilidad para proteger a las víctimas de actos incestuosos. Disponible en francés en: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Ley 2018-703 de la República francesa (3.08.2018), que refuerza la lucha contra la violencia sexual y sexista. Disponible en francés en: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Ley de delitos sexuales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (20.11.2003) (“Sexual Offences Act 2003”). Disponible en inglés en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>.

Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

Ley 27.352 de la Nación Argentina (17.05.2017), que modifica el artículo 119 del Libro Segundo, título III del Código Penal de la Nación. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

Ley N° 25.087 de la Nación Argentina (7.05.1999), modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos contra la integridad sexual. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

Código Penal Federal de México. Disponible en: ordenjuridico.gob.mx.

Código Penal de la República del Perú. Disponible en: <https://spijweb.minjus.gob.pe>.

Código Penal de la República de Colombia. Disponible en: secretariase-nado.gov.co.

Ley N° 1.719 de la República de Colombia (18.06.2014). Ley por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión de conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Disponible en: secretariassenado.gov.co.

Código Penal de la República de Chile.

Ley N° 21.153 de la República de Chile (3.05.2019), modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos.

Ley N° 20.480 de la República de Chile (18.12.2010), modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio.

Ley N° 19.617 de la República de Chile (12.07.1999), modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación.

Boletín N° 11.714-07 (3.05.2018), modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA

Tribunal Supremo de España, 4 de julio de 2019, Sentencia N° 396/2019. Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, España, 20 de marzo de 2018, Sentencia N° 000038/2018.

Tribunal de Casación de la República de Francia, Sala Penal, 23 de enero de 2019, Sentencia N° 18-82.833.

Tribunal de Casación de la República de Francia, Sala Penal, 11 de enero de 2017, Sentencia N° 15-86.680.

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA

Corte Suprema, 10 de marzo de 2003, rol N° 4115-2002.

Corte Suprema, 5 de enero de 2005, rol N° 3640-2005.

Corte Suprema, 30 de enero de 2014, rol N° 17107-13.

Corte Suprema, 1 de septiembre de 2015, rol N° 9470-2015.

- Corte Suprema, 11 de octubre de 2018, rol N° 16676-2018.
- Corte Suprema, 8 de enero de 2020, rol N° 24170-2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de noviembre de 2017, rol N° 3552-2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de abril de 2020, rol N° 551-2020.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 5 de noviembre de 2018, rol N° 2695-2018.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de diciembre de 2014, rol N° 743-2014.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de agosto de 2017, rol N° 665-2017.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20 de mayo de 2015, rol N° 36-2015.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de junio de 2015, rol N° 283-2015.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de abril de 2019, rol N° 250-2019.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de mayo de 2020, rol N° 230-2020.
- 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 31 de agosto de 2017, RUC N° 1500647259-9, RIT N° 126-2017.
- 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 15 de septiembre de 2017, RUC N° 1200968694-9, RIT N° 262-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 16 de diciembre de 2004, RUC N° 0300091021-9.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 1 de junio de 2007, RUC N° 0600188547-0, RIT N° 28-2007.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de julio de 2017, RUC N° 1500550325-3, RIT N° 31-2017.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 7 de noviembre de 2014, RUC N° 1101284863-5, RIT N° 54-2014.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 18 de enero de 2019, RUC N° 1700442100-0, RIT N° 125-2019.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 5 de julio de 2018, RUC N° 1400869213-1, RIT N° 108-2018.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, 6 de diciembre de 2006, RUC N° 0500081626-6.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, 3 de abril de 2007, RUC N° 0600127228-2.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, 7 de agosto de 2019, RUC N° 1800017974-0, RIT N° 15-2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, 21 de febrero de 2006, RUC N° 0400243515-8.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, 29 de abril de 2019, RUC N° 1700720849-9, RIT N° 18-2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 13 de febrero de 2020, RUC N° 1701081207-0, RIT N° 152-2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 10 de junio 2006, RUC N° 0500152018-2.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 13 de octubre de 2007, RUC N° 0600325064-2.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 31 de marzo de 2015, RUC N° 1400960845-2, RIT N° 8-2015.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 17 de agosto de 2018, RUC N° 1700643662-5, RIT N° 209-2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 15 de enero de 2007, RUC N° 0400214769-1.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, 12 de septiembre de 2018, RUC N° 1700691931-6, RIT N° 259-2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, 10 de diciembre de 2013, RUC N° 1100837821-7, RIT N° 134-2013.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 25 de julio de 2017, RUC N° 1600965518-6, RIT N° 126-2017.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 8 de marzo de 2019, RUC N° 1800179205-5, RIT N° 70-2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, 26 de octubre de 2017, RUC N° 1400063796-4, RIT N° 132-2017.