



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LA CRIMINALIZACIÓN DEL ACOSO SEXUAL CALLEJERO

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

MARÍA BELÉN TOMIC PÉREZ

PROFESORA GUÍA: MYRNA VILLEGAS DÍAZ

SANTIAGO, CHILE

2017

*“Flor en tierra no sembrada,
flor sin árbol, flor sin riego,
el tu amor está en la tierra
y el tu tallo está en los cielos.*

*Esta flor cortan y dan
en la noche de San Juan.”*

Ronda del Fuego
Gabriela Mistral.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| Capítulo I. Conceptualización del acoso sexual callejero | 10 |
| 1. Concepto de violencia de género. | 10 |
| 2. El acoso sexual en el ambiente laboral. | 13 |
| 3. Concepto de acoso sexual callejero. | 15 |
| 3.1 ASC como subordinación sexual..... | 17 |
| 4. El ASC en el derecho comparado | 19 |
| 4.1 Perú | 19 |
| 4.2 Bélgica | 22 |
| 4.3 Denominaciones comunes y diferencias | 22 |
| Capítulo II. Acoso sexual callejero y regulación actual en Chile. | 24 |
| 1. La regulación del acoso sexual en Chile | 24 |
| 2. Regulación acoso sexual en el ambiente laboral..... | 24 |
| 3. El ASC en el Código Penal..... | 25 |
| 3.1 Abuso Sexual..... | 26 |
| 3.2 El delito-falta de ofensas al pudor | 34 |
| 3.3 Exhibicionismo | 38 |
| 4. El bien jurídico vulnerado por el ASC | 40 |
| 4.1 La teoría del bien jurídico | 40 |
| 4.2 Bien Jurídico protegido por los delitos de ofensas al pudor o a las buenas costumbres y abuso sexual..... | 45 |
| 4.3 La libertad sexual y el ASC | 50 |
| Capítulo III. La tipificación del acoso sexual callejero..... | 52 |
| 1. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el ASC. | 52 |
| 1.1 El mensaje | 53 |
| 1.2 El delito-falta de ASC propuesto..... | 54 |
| 1.3 Tramitación del Proyecto de Ley | 60 |
| 2. Análisis proyecto de ley tras indicación sustitutiva | 69 |
| 2.1 El delito de acoso sexual callejero (artículo 366 sexies)..... | 69 |

| | | |
|---------------------|---|------------|
| 2.2 | La falta de acoso sexual callejero..... | 86 |
| 3. | Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.... | 91 |
| Capítulo IV. | La justificación de la tipificación del acoso sexual callejero | 94 |
| 1. | El Derecho Penal en expansión | 94 |
| 1.1 | Las causas del fenómeno expansivo..... | 94 |
| 1.2 | La sociedad del riesgo y el fenómeno del expansionismo | 95 |
| 1.3 | La sociedad del riesgo y el Derecho Penal simbólico | 97 |
| 2. | Derecho Penal: ¿Una herramienta al servicio de las mujeres? | 99 |
| 2.1 | Género y Derecho Penal..... | 99 |
| 2.2 | Los aportes del feminismo a la criminología crítica..... | 100 |
| 3. | Tipificar el acoso sexual callejero: ¿Una expresión de expansionismo y derecho penal simbólico? | 102 |
| 3.1 | Bienes jurídicos supraindividuales..... | 103 |
| 3.2 | Los delitos de peligro | 103 |
| 3.3 | La relativización de las garantías del proceso penal..... | 105 |
| Conclusiones | | 106 |
| BIBLIOGRAFÍA | | 112 |

GLOSARIO

ASC : Acoso sexual callejero.

OCAC : Observatorio contra el Acoso Callejero.

OIT : Organización Internacional del Trabajo

OMS : Organización Mundial de la Salud.

SERNAM : Servicio Nacional de la Mujer.

RESUMEN

La presente tesis está enfocada en el estudio relativo a la sanción penal de conductas pertenecientes al fenómeno social del acoso sexual callejero. De esta manera, el estudio gira en torno a la conceptualización y caracterización del presente fenómeno, recurriendo a distintas fuentes como la doctrina, jurisprudencia y nuestra legislación nacional.

De este modo, se explica por qué nuestro ordenamiento jurídico resulta insuficiente a la hora de dar una respuesta al presente fenómeno; así, se analizan aquellos cuerpos normativos que más se acercan a su sanción, en específico, los delitos contenidos en el Libro II, Título VII (“Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”) de nuestro Código Penal.

También se estudian aquellas iniciativas de ley existentes que buscan dar una respuesta al vacío de punibilidad relativo a los actos constitutivos de acoso sexual callejero, destacando el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero (Boletín N° 9936-07).

De esta forma, se explicitan las distintas etapas de tramitación de referido Proyecto de ley, dando cuenta de las principales falencias de los tipos penales propuestos en éste.

Finalmente, se proyectan una serie de modificaciones para un mejor y más eficaz tratamiento de dicho fenómeno social, conciliando una perspectiva de género con el respeto de los derechos y principios que deben permear nuestro ordenamiento jurídico-penal.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género ejercida en contra de las mujeres puede manifestarse de distintos modos y en distintos contextos: Respecto al ámbito privado, con la división sexual del trabajo aún presente en nuestra sociedad, la mujer es relegada a los trabajos de cuidado y funciones reproductivas, asumiendo una sobrecarga de trabajo en contraste con la no asunción de estas tareas por parte de los hombres. Respecto al ámbito *público*, ésta se manifiesta, entre otras formas, en el ámbito laboral por ejemplo, a través de la existencia de brechas salariales, la imposibilidad de acceder a puestos o roles que impliquen liderazgo y toma de decisión, acoso laboral, entre otros. Sin embargo, ha sido el acoso sexual en espacios públicos aquella manifestación paradigmática de violencia de género ejercida en contra de las mujeres en el ámbito público.

Este fenómeno social ha sido denominado coloquialmente como *acoso callejero*, haciendo especial énfasis en el contexto en donde esta manifestación de violencia ocurre: la *calle*.

El ASC es una manifestación de violencia sexual dirigida principalmente hacia mujeres, adolescentes y niñas, mostrándose nuestro ordenamiento jurídico como insuficiente a la hora de hacer frente a estas conductas a través de ciertas formas jurídicas, como lo son el delito-falta de ofensas al pudor contenido en los arts. 373 y 495 N° 5 CP y el delito de abuso sexual, contenido en los artículos 365 bis y siguientes del Código Penal.

¿Protege acaso el delito-falta de ofensas al pudor el mismo bien jurídico vulnerado por el acoso sexual callejero? ¿Cumplen las conductas de ASC con los requisitos objetivos de *significación sexual* y *relevancia* exigidos por los tipos penales de abuso sexual? ¿Es necesario incluir un nuevo tipo penal de ASC? El presente trabajo buscará ahondar en posibles respuestas a estas interrogantes.

Actualmente en nuestro país se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero. A través del Boletín N° 9936-07, ingresado en marzo de 2015, refundido con el Boletín N° 7606-07, se busca incluir el tipo penal de acoso sexual callejero en nuestro ordenamiento jurídico.

El presente Proyecto de ley reconoce el acoso sexual callejero como un tipo de violencia, encontrando como principales víctimas a mujeres, adolescentes y niñas estableciendo como su principal objetivo el contribuir a erradicar las prácticas de acoso sexual callejero que experimentan mujeres, hombres, niñas y niños en Chile.

De este modo, el Proyecto busca incluir el tipo penal de acoso sexual callejero en nuestro Código Penal, teniendo penas aparejadas de carácter pecuniario como también privativas de libertad. Así, el artículo 494 ter contenido en el proyecto en tramitación establece que *“[c]omete acoso sexual el que abusivamente realizare, en lugares públicos o de acceso público, una acción sexual distinta del acceso carnal, que implique un hostigamiento capaz de provocar en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo”*. En lo que respecta a su sanción, nos encontramos frente a una gradación de penas pecuniarias en razón del medio comisivo, encontrándose éstas dentro de un rango de 1 a 20 UTM.

Por su parte, el art. 366 sexies propuesto establece: *“[e]l que realizare un acción sexual que implique un contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos en el artículo 366 ter, será penado con presidio menor en su grado mínimo”*

De este modo, cabe preguntarnos ¿es el derecho penal una herramienta afín para hacer frente a fenómenos sociales como el acoso sexual callejero? ¿Puede ser esta herramienta susceptible de ser apropiada por las mujeres? La respuesta a la presente interrogante no resulta baladí: un sinnúmero de literatura ha sido desarrollada al respecto, desde las más variadas trincheras. Así, posiciones doctrinarias que abogan por el abolicionismo del derecho penal o por una intervención mínima de esta herramienta han tendido a resistirse durante las últimas décadas a una de las principales demandas del movimiento feminista, esto es, el reconocimiento de la mujer como sujeto de derecho(s), con la consecuente protección de sus bienes jurídicos mediante la herramienta punitiva.

De este modo, desde una perspectiva de género y político criminal, se realizará un análisis del actual Proyecto de ley en tramitación. De este modo, realizando un análisis de distintas cuestiones como la idoneidad del derecho penal para hacer frente al presente fenómeno social, la redacción y contenido de los distintos tipos que busca incluir el proyecto, la proporcionalidad de las sanciones aparejadas, entre otras, se buscará realizar un análisis crítico del actual Proyecto de ley en tramitación.

Es así como se buscará realizar un aporte a la discusión nacional vigente que dé cuenta de los aciertos y desaciertos del Proyecto de ley en cuestión, pretendiendo realizar no solo un

aporte a la discusión legislativa en curso, sino también un aporte a la disciplina de las ciencias penales, vista la escasa literatura nacional existente al respecto.

En el Capítulo I, se buscará conceptualizar el fenómeno social de ASC, comprendiendo al mismo tiempo un análisis de los conceptos de violencia de género y violencia sexual, haciendo alusión a instrumentos internacionales que desarrollan los temas recién explicitados.

En el Capítulo II, se analizará la regulación actual del ASC en nuestro país. Así, se analizará si bajo los tipos penales existentes en nuestro Código Penal es posible sancionar los actos constitutivos de ASC, poniendo especial énfasis en el delito-falta de ofensas al pudor (arts. 373 y 495 N° 5 CP) y el delito de abuso sexual (art. 365 bis y ss. CP), analizando los distintos elementos objetivos y subjetivos del tipo, el bien jurídico protegido por éstos, contrastando este último con aquel (o aquellos) vulnerado(s) por los actos de ASC.

En el Capítulo III se analizará principalmente el “Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero (en adelante “el Proyecto”) contenido en el Boletín N° 9936-07, estudiando la pertinencia de la ubicación sistemática elegida de los tipos propuestos en el Proyecto, el bien jurídico protegido y los elementos objetivos y subjetivos de los distintos tipos penales.

En el Capítulo IV, se estudiará la justificación de la criminalización de las conductas de ASC, buscando responder a las siguientes interrogantes: ¿Es el derecho penal la vía para hacer frente al fenómeno social de ASC? ¿Es la tipificación del ASC una manifestación de Derecho Penal “simbólico”?

La presente investigación será de carácter teórica y descriptiva visto que se buscará, por una parte, analizar desde una perspectiva de género y político-criminal la pertinencia del derecho penal como herramienta afín para hacer frente al acoso sexual callejero, incluyendo un análisis relativo a qué supone, en términos sustantivos, la inclusión de un tipo penal de acoso sexual callejero en nuestro Código Penal. Asimismo, la presente investigación será documental visto a cómo ésta se apoyará principalmente en doctrina sobre la materia, como también legislación comparada.

En una misma línea, cabe explicitar que la investigación tendrá también una finalidad proyectiva, visto a cómo ésta tendrá dentro de sus objetivos anticipar posibles

consecuencias jurídicas relevantes que traería la incorporación de un tipo penal de acoso sexual callejero en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo relativo al método de investigación, se utilizará principalmente un método de carácter analítico, visto a que la presente investigación pretenderá estudiar de manera acabada el fenómeno del ASC y la posible relación entre éste y el derecho penal, procurando permear este análisis de una perspectiva de género y de las distintas posiciones doctrinarias relativas a la utilización de la herramienta punitiva como herramienta afín de resolución de conflictos que involucran la vulneración de bienes jurídicos en materia de delitos con connotación de género.

Asimismo, se utilizará un método exegético mediante el análisis de los tipos penales que busca incluir el proyecto de ley que tipifica el acoso sexual callejero en nuestro Código Penal.

En esta investigación se utilizarán bases jurisprudenciales, en su mayoría de ordenamientos jurídicos comparados, textos legales, documentos y opiniones de expertos expresados principalmente en *papers* y publicaciones, como también libros y tratados. Asimismo, para alcanzar una mirada más acabada del tema a investigar, se utilizarán investigaciones tanto cuantitativas como cualitativas sobre la materia realizadas tanto por Organismos del Estado (SERNAM) como por organizaciones de la sociedad civil como el Observatorio Contra el Acoso Callejero (OCAC).

Capítulo I. Conceptualización del acoso sexual callejero

1. Concepto de violencia de género.

La violencia de género ha sido históricamente una de las manifestaciones de violencia frente a la cual mujeres, adolescentes y niñas han debido hacer frente durante parte – si es que no la totalidad – de sus vidas. ¿Por qué tienden a ser las mujeres contra quienes se ejerce este tipo de violencia? ¿Son los hombres igualmente víctimas de este tipo de violencia?

Podemos entender por violencia de género *“todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”*, violencia que encuentra a las mujeres como principales víctimas *“debido a la situación de desigualdad y discriminación en la que viven.”*¹

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), en su artículo 1, establece que por violencia contra la mujer debe comprenderse *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”*².

La violencia ejercida en contra de las mujeres puede manifestarse de distintos modos y en distintos contextos: respecto al ámbito público, en lo relativo al ámbito laboral por ejemplo, ésta se manifiesta en la presencia de brechas salariales, la imposibilidad de acceder a puestos o roles que impliquen liderazgo y tomas de decisión, como en episodios de acoso sexual laboral. Respecto al ámbito privado, con la división sexual del trabajo aún presente en nuestra sociedad, la mujer es relegada a los trabajos de cuidados y funciones reproductivas, asumiendo una sobrecarga de trabajo, en contraste con la no asunción de estas tareas por parte de los hombres³.

Dicho lo anterior, ¿qué rol juegan las mujeres dentro de este entramado de relaciones

¹ UNICEF, Grupo Interagencial de Género del Sistema de las Naciones Unidas en México. *Violencia de Género: Un obstáculo para el cumplimiento de los Derechos de las Mujeres* [En línea] Ficha Informativa sobre Género y Desarrollo N° 3. <http://www.cinu.org.mx/gig/Documentos/ViolenciaDeGenero.pdf> [Fecha de consulta: 27.12.17]

² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)*, 1994.

³ SERNAM. *Estudio Acoso y Abuso Sexual en Lugares Públicos y Medios de Transportes Colectivos* [En línea] Departamento de Estudios y Capacitación, Chile, 2012, p. 4. <<http://estudios.sernam.cl/?m=e&rel=6>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

asimétricas de poder en razón de su género, denominado como *patriarcado*⁴?

La escisión de nuestra sociedad en masculino/femenino desde tiempos inmemoriales, ha tendido a instalar una noción naturalista o *biologicista* de dicha diferenciación, cristalizando así una concepción binaria de cómo nos comportamos los seres humanos: o somos *hombres*, en donde se nos asocia lo masculino – encontrando aquellos atributos que responden a lo fuerte, público, dominante y racional, entre otros – o somos mujeres, en donde se nos asocia lo femenino, encontrando la sensibilidad, debilidad, la privacidad e irracionalidad, entre otros atributos⁵.

Sin embargo, gracias al trabajo de un sinnúmero de activistas, profesoras y filósofas, ya desde mediados del siglo XX, con la publicación de *El Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir⁶, la división de la sociedad en masculino/femenino y la consecuente asignación de una serie de características en base a nuestros órganos reproductivos comienza a desmantelarse: es a través del concepto de *género*⁷ como podemos separar nuestras características anatómicas de aquel rol que la sociedad ha construido para nosotros. De este modo, la cultura produce individuos cuya conducta no puede ser comprendida solamente por sus características biológicas, debiendo ser ésta estudiada a través de un análisis de *determinismo cultural*⁸.

Dicho lo anterior, la categorización de los seres humanos en hombres y mujeres, con la consecuente asociación de lo *masculino* al hombre y lo *femenino* a la mujer, establece relaciones asimétricas de poder entre los diferentes géneros. La presente división y adscripción de los distintos conjuntos asociados a lo masculino/femenino no resulta trivial:

⁴ En el presente trabajo, entendemos por patriarcado aquella “*manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y los/as niños/as de la familia, dominio que se extiende a la sociedad en general.*” LERNER, Gerda. *The creation of patriarchy*. EEUU: Oxford University Press, 1986, citado por: FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Feminismo, género y patriarcado*. [En línea] Buenos Aires: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 3, n° 6, 2005, p. 271.

< <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/handle/123456789/122> > [Fecha de consulta: 26.12.17]

⁵BOURDIEU, Pierre. *La Dominación Masculina*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000, p. 20.

⁶Cabe destacar cómo Simone de Beauvoir a través de la frase “*no se nace mujer, se llega a serlo*” abre la puerta a posteriores estudios de género abocados a demostrar cómo nuestro género – en este caso, femenino – es producto de una construcción social que data de tiempos remotos. Así, la publicación de *El Segundo Sexo* permitió el cuestionamiento del rol que ocupaba la mujer en la sociedad, cuestionando así el hecho de que éstas fuesen biológica o intrínsecamente inferiores a los hombres.

⁷ Para efectos del presente estudio, utilizaremos la definición de la OMS, en donde ésta establece que el género “*se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos.*” Página web OMS [En línea] <<http://www.who.int/topics/gender/es/>> [Fecha de consulta: 26.12.17]

⁸ ARANCIBIA, Javiera et. al. *Acoso Sexual Callejero: Contexto y Dimensiones*. Observatorio Contra el Acoso Callejero, Chile, 2015, p. 4.

ésta no se basa en una relación de igualdad o complementariedad sino que, muy por el contrario, nos encontramos frente a una relación jerárquica entre las distintas características y atributos. De esta manera, *“aquello atribuido a lo masculino suele ser más valorado y posicionarse como lo dominante; mientras que a lo atribuido a lo femenino, lo menospreciado y dominado.”*⁹

Es en base a esta relación desigual entre las distintas características adscritas a los distintos sexos, cómo hombres y mujeres se encuentran en posiciones asimétricas de poder. El establecimiento de relaciones jerárquicas entre los distintos atributos tiende a justificar la dominación masculina en el mundo social, con la justificación de que dicha posición de poder pareciera encontrarse en el orden de las cosas, lo normal y natural, hasta el punto de ser *inevitable*¹⁰. De este modo, esta división socialmente construida entre los sexos, al presentársenos como algo natural, adopta una *“total afirmación de legitimidad”*¹¹.

Dicho lo anterior, resulta pertinente traer a la postre el concepto de “violencia de género simbólica”, el cual se caracteriza por ser *“una forma de poder ejercido directamente sobre el cuerpo, determinando las conductas de las personas, (...) aplicándose en los patrones de género socialmente construidos, que entregan esquemas de comportamiento diferenciados para mujeres y hombres.”*¹²

La violencia de género en su faz simbólica es una de las herramientas mediante las cuales se acentúan y perpetúan de manera conjunta los estereotipos de género, fomentando las relaciones de poder existente entre lo masculino y lo femenino. Lúcidamente, Bourdieu establece cómo *“[e]l orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya.”*¹³ Así, la diferencia anatómica entre los órganos sexuales aparece como *“la justificación natural de la diferencia socialmente establecida entre los sexos, y en especial de la división sexual del trabajo.”*¹⁴

Esta violencia simbólica puede manifestarse de distintas formas: durante la crianza, al imponerse muchas veces de manera inconsciente patrones de conducta a niños y niñas. Por su parte, el acoso sexual callejero es manifestación no sólo de violencia de género y

⁹Ibíd., p. 7.

¹⁰BOURDIEU, ob. cit., p. 10.

¹¹Ídem.

¹²ARANCIBIA, ob. cit., p. 7.

¹³BOURDIEU, ob. cit., p. 10.

¹⁴Ídem.

violencia sexual¹⁵ en su faz simbólica, sino que, al mismo tiempo, ésta se manifiesta materialmente en el cuerpo de las mujeres.

2. El acoso sexual en el ambiente laboral.

El acoso sexual en el ambiente laboral fue una de las primeras manifestaciones de este fenómeno social en ser objeto de regulación. Así, es en los Estados Unidos de Norteamérica, en la década de 1970, donde por primera vez se sancionan los actos constitutivos de acoso sexual en el ámbito laboral.

Respecto a los motivos que permitieron la visibilización y consecuente sanción del presente fenómeno, podemos establecer principalmente tres factores: En primer lugar, el rol del movimiento feminista y el aumento de su adherencia, con su resultante legitimación como actor político en la sociedad civil; en segundo lugar, el ingreso progresivo de la mujer al “mercado laboral”; y, finalmente, la jurisprudencia de los tribunales federales norteamericanos, donde a fines de la década de 1970 se afirma como precedente el cómo el acoso sexual es una manifestación de violencia prohibida por el ordenamiento jurídico de los EE.UU de Norteamérica¹⁶.

En sus orígenes jurisprudenciales, el presente fenómeno social “es entendido ante todo como una práctica laboral discriminatoria”¹⁷, resultando crucial la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Meritor Savings Bank F.S.B. v. Vinson¹⁸.

Luego, en 1980, la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo en EE.UU define el acoso sexual laboral como acciones de tipo sexual no deseadas, estableciendo ciertos elementos esenciales: i) Que el acceder a dichos requerimientos sea condición explícita o implícita para obtener un empleo; ii) Que la aceptación o rechazo de tal conducta

¹⁵ Por violencia sexual, utilizamos la definición otorgada por la Organización Mundial de la Salud (OMS): “todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.” OMS. *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. [En línea] Página web OMS < http://www.who.int/reproductivehealth/topics/violence/vaw_series/es/ > [Fecha de consulta: 26.12.17]

¹⁶ DINTRANS, Qhannie. *Acoso Sexual en Chile: Sobre la necesidad de legislar en materia penal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, pp. 4-5.

¹⁷ BASCUÑÁN R., Antonio. *Acoso sexual y derecho penal*. Derecho y Humanidades, n° 5, 1997, p. 9.

¹⁸ Así, el acoso sexual laboral es definido como “una conducta que crea un ambiente laboral hostil o abusivo y que en tal virtud representa una barrera arbitraria a la igualdad laboral exactamente en la misma medida en que el hostigamiento racial impide la igualdad racial. En este contexto, la indefinición de la conducta constitutiva de acoso sexual se encuentra directamente relacionada con la justificación jurídica de la pretensión: el acogimiento de la demanda se basa en el hecho que el acoso es efectuado contra una mujer, en razón de su condición de tal, y que por ese hecho constituye una práctica discriminatoria.”¹⁸ *Ibíd.*, p. 10.

sea utilizada para decidir cuestiones laborales que afecten a la persona; iii) Que dichas conductas interfieran injustamente en el rendimiento del trabajo de la persona a quien van dirigidas, creándole un entorno laboral hostil, ofensivo o intimidatorio¹⁹.

Por su parte, la OIT ha abordado el acoso sexual como un problema de derechos humanos y de discriminación hacia las mujeres. El acoso sexual en el lugar de trabajo es definido por la OIT como “*insinuaciones sexuales indeseables, o un comportamiento verbal o físico de índole sexual que persigue la finalidad o surte el efecto de interferir sin razón alguna en el rendimiento laboral de una persona, o bien de crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil, injurioso u ofensivo.*”²⁰

Sin embargo, cabe preguntarnos ¿qué implicancias tiene el contexto donde se desenvuelve el acoso sexual en el lugar de trabajo? ¿Qué cuestiones tienen en común el acoso sexual en el lugar de trabajo y el acoso sexual en el espacio público?

Podemos entender el acoso sexual en el lugar de trabajo como manifestación de la denominada “división sexual del trabajo”, que, para efectos del presente trabajo, conceptualizamos por ésta la asignación de tareas, responsabilidades y obligaciones diferentes a hombres y mujeres, en razón de su sexo biológico y roles –supuestamente– inherentes a éstos, y no como resultado de un proceso de socialización cultural²¹.

Así, la división de tareas que se produce al interior de un determinado sistema de producción – en este caso, el capitalista – se encuentra permeada por las relaciones de poder existentes entre los géneros femenino y masculino. La fuerza de trabajo perteneciente al género femenino es segregada a aquellos espacios donde el empleo se encuentra en conformidad con la “naturaleza femenina”, siendo usualmente estas labores una extensión de sus responsabilidades domésticas.

El cómo esta asignación arbitraria de roles en el lugar de trabajo motiva conductas de acoso sexual, puede ser explicada mediante el concepto de “*sex-role spillover*” o “desbordamiento

¹⁹ CARRASCO OÑATE, Celina; LÓPEZ VEGA, Patricia. *Acoso sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*. [En línea] Santiago: Dirección del Trabajo, 2009, p. 26 <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-97214_recurso_1.pdf> [Fecha de consulta: 26.12.17]

²⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT). *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*. 2ª Ed. Ginebra, 2008.

²¹ En profundidad, véase FEDERICI, Silvia. *Revolución en punto cero: trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Madrid: Traficantes de sueños, 2013.

del rol sexual”, a través del cual Gutek²² establece que *“las expectativas basadas en la desigualdad de género se trasladan al mundo del trabajo”* trasladando la sexualidad de las mujeres – históricamente relegadas al espacio privado – al ámbito del trabajo²³. Así, *“la cultura patriarcal permite toda una serie de comportamientos y políticas no sólo sexuadas, sino claramente diferenciadas para hombres y mujeres, explicando la aparición del acoso sexual como una conducta de algún modo “aceptable” socialmente, puesto que es compatible con las normas básicas que rigen los roles sexuales y su interacción.”*²⁴

Al igual que el acoso sexual callejero, el acoso sexual en el lugar de trabajo es expresión de la desigualdad de poder entre los distintos géneros. Así, ambas formas de acoso - sin importar el contexto en donde se desenvuelven - son *“una manifestación del abuso que hace del poder quien lo detenta, con el fin de ejercer dominio sobre quienes carecen de él y, por ello, se encuentran en situación de menoscabo o vulnerabilidad.”*²⁵

3. Concepto de acoso sexual callejero.

El acoso sexual callejero (ASC), manifestación de violencia comúnmente invisibilizada en nuestra sociedad pero que, sin embargo, se encuentra presente en la cotidianeidad de la vida de niñas, mujeres y adolescentes²⁶, ha sido definido utilizando distintas metodologías en base a los distintos elementos que lo componen: la intencionalidad del agresor, el efecto de la agresión en la víctima, la forma en que éste tipo de violencia es ejercida, entre otras. Sin embargo, a pesar de la multiplicidad de enfoques, podemos ver cómo existe un elemento común a todas estas distintas formas de abordar el concepto de acoso sexual callejero (ASC): tal como lo dice su nombre, este tipo de violencia se caracteriza por ser una manifestación de acoso, de intrusión en la esfera personal de un individuo.

A pesar de que el ASC ha sido objeto de estudio recién en las últimas décadas, existen ciertos esfuerzos esclarecedores que han logrado definir los principales elementos de este fenómeno social.

²² GUTTEK, Barbara; MORASCH, Bruce. *Sex-ratios, sex-role spillover, and sexual harassment of women at work.* Journal of Social Issues, vol. 38, n° 4, 1982, pp. 55-74.

²³ *Ibíd.* p. 60, citado por: CARRASCO y LÓPEZ, ob. cit., p. 27.

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ibíd.*, p. 26.

²⁶ Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM). *Estudio Acoso y Abuso Sexual en Lugares Públicos y Medios de Transportes Colectivos* [En línea] Chile, 2012. < <https://goo.gl/JDHWSt> > [Fecha de consulta: 27.12.17]

De este modo, autoras como Di Leonardo²⁷ o Grant²⁸ utilizan el término anglosajón de “*street harassment*” para referirse a aquellas conductas que se traducen en la aproximación física de uno o más hombres extraños a una o más mujeres en un lugar público que no es el lugar de trabajo de la mujer. Así, a través de miradas, palabras o gestos, el hombre afirma su “derecho” a entrometerse en la esfera personal de la mujer, definiéndola como un objeto sexual, forzándola a interactuar con él²⁹. Por su parte, Grant establece ciertos elementos que dan forma al concepto de ASC: i) El sujeto pasivo de la agresión es de género femenino; ii) El sujeto activo es un hombre; iii) El acosador no conoce a su víctima; iv) El encuentro es *cara a cara*; v) El espacio en donde se enmarca el acoso es público, como una calle, autobús, estación de autobuses, taxi u otro lugar de libre acceso al público; vi) El contenido del mensaje, si lo hay, no pretende ser un discurso público³⁰.

Por su parte, el Observatorio contra el Acoso Callejero en Chile (OCAC) ha definido el ASC como “*toda práctica con connotación sexual explícita o implícita que proviene de un desconocido, que posee carácter unidireccional, que ocurre en espacios públicos y tiene el potencial de provocar malestar en el/la acosado/a*”³¹. De este modo, de la presente definición podemos establecer que el acoso sexual callejero: i) Tiene una connotación sexual, ya sea implícita o explícita; ii) Entre el agresor y la víctima no existe una relación previa; iii) El acoso ocurre en un espacio público o de libre acceso al público; iv) La agresión cuenta con la *potencialidad* de producir malestar a nivel individual o social.

A diferencia de la definición o conceptualización entregada por Grant, la definición entregada por el OCAC no hace referencia al género de los sujetos involucrados en un contexto de acoso: agresor y víctima se nos presentan como sujetos neutros. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿es el ASC una forma de violencia ejercida igualmente por - y hacia - hombres y mujeres?

²⁷DI LEONARDO, Micaela. *Political economy of street harassment*. Aegis: Magazine on Ending Violence Against Women, 1981, pp. 51-57.

²⁸GRANT B., Cynthia. *Street harassment and the informal ghettoization of women*. [En línea] Harvard Law Review, 1993, pp. 517-580. <<https://goo.gl/HSMCYp>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

²⁹DI LEONARDO, ob. cit., p.51.

³⁰GRANT, ob. cit., p. 524.

³¹ARANCIBIA, Javiera et al, ob. cit., p. 12.

3.1 ASC como subordinación sexual

El ASC debe ser abordado desde una perspectiva de género. En este sentido, Tuerkheimer³² conceptualiza el ASC desde dicha perspectiva, entendiendo por éste “*cuando una mujer, en un lugar público, es invadida por las palabras, los ruidos o los gestos de un hombre. Al hacerlo, afirma su derecho al hacer un comentario sobre su cuerpo u otra característica de su persona, definiéndola como objeto y él mismo como sujeto con poder sobre ella.*”³³

De esta forma, el ASC no puede ser conceptualizado ni estudiado desde una perspectiva neutral: tal como lo dice su nombre, este acoso es una manifestación de violencia que encuentra sus cimientos en la *sexualidad* de quienes son las principales víctimas de éste: las mujeres. Caracterizar dicha manifestación de violencia como análoga a aquella que pueden llegar a sufrir hombres víctimas de ASC, no reconocería el rol central que juega la sexualidad en las prácticas de acoso³⁴: el daño del acoso callejero no sólo está relacionado con, sino que *depende* de la subordinación sexual de las mujeres. Así, en palabras de Tuerkheimer, “*negar la relevancia de la subordinación sexual en la definición del daño provocado por el acoso sexual callejero socava profundamente la validez de nuestras experiencias.*”³⁵

De este modo, al caracterizar la lesión que provoca el acoso sexual callejero como una experiencia neutra en cuanto al género, por ejemplo, a través de la figura de invasión de la privacidad o pérdida de libertad, no lograría dar luces sobre la etiología de esta manifestación de violencia de género.

La objetivación o *cosificación* de la mujer es un elemento paradigmático en nuestra cultura, en donde el poder de objetivar es el poder de dominar. En efecto, el género, el poder y la objetivación están estrechamente unidos, siendo cada uno de estos elementos indispensables para la dominación sistemática de las mujeres³⁶.

En palabras de Young, “*la mujer vive su cuerpo como objeto y sujeto. La fuente de esto es que la sociedad patriarcal define a la mujer como un objeto, como un mero cuerpo*”³⁷. Es así como una parte esencial de ser mujer se traduce en la posibilidad siempre presente de que

³²TUERKHEIMER, Deborah. *Street harassment as sexual subordination: The phenomenology of gender-specific harm*. Wisconsin: Wisconsin Women’s Law Journal, 1997, vol. 12, pp. 167-206.

³³ *Ibíd.*, p. 167. La traducción es mía.

³⁴ *Ibíd.*, p 181.

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ibíd.* p. 183.

³⁷ YOUNG, Iris Marion. *On Female Body Experience. “Throwing like a Girl” and other Essays*. Oxford University Press, 2005, p. 44. La traducción es mía.

ella será contemplada como un mero cuerpo, *“como forma y carne que se presenta como objeto potencial de las intenciones y manipulaciones de otro sujeto, en lugar de ser una viva manifestación de acción e intención, es decir, un sujeto.”*³⁸

El ASC es el reflejo por excelencia de cómo se materializa dicha objetivación, por ejemplo, a través de actos verbales, en donde el agresor, al referirse a la mujer en tanto cuerpo sexualizado, la objetiviza, reduciéndola a una especie de objeto-no-sujeto³⁹.

En efecto, Tuerkheimer señala cómo a través de los encuentros de ASC, las mujeres comienzan a asociar sus cuerpos y su sexualidad a sentimientos de impotencia, vergüenza, miedo y humillación. Los esfuerzos para escapar de la desposesión corporal se enmarcan dentro de un amplio espectro, *“pero todos se enmarcan en un mismo contexto social: solo al elegir renunciar a su sexualidad, puede una mujer evitar que le sea ésta arrebatada; sólo viviendo una cotidianeidad menos sexuada, puede una mujer esperar no ser sexualmente vulnerable y oprimida”*⁴⁰

Sin embargo, el fenómeno del ASC no sólo genera efectos individuales en la síquis de la víctima, sino que, al mismo tiempo, provoca ciertas consecuencias en la calidad de sujeto político de la mujer.

Al entender el cuerpo como una construcción social producto de un sistema patriarcal, vemos que dentro de éste *“se crean dos deber-ser, dos normas, diferenciadas y excluyentes del cuerpo: uno masculino y otro – siempre el otro – femenino.”*⁴¹

De este modo, si bien las mujeres se mueven en el espacio público, el espacio privado sigue mostrándose como su *“nicho primero”*⁴². Es así como el cuerpo de la mujer se concibe dentro del espacio público como un *ente cosificado*, lo que se encuentra en relación directa con lo que éste representa para el patriarcado: un cuerpo *sobre-sexuado*, *“propenso de ser*

³⁸ Ídem.

³⁹ Podemos ver esto reflejado en una serie de testimonios recogidos por el OCAC: *“Era una tarde cualquiera, yo iba caminando por una de las calles más transitadas de Antofagasta, hacia el dentista. Sentía las miradas babosas de algunos hombres, pero las ignoraba porque no sabía qué hacer, así que seguí caminando. Luego de un rato, pasó al lado mío un hombre de treinta y tantos años y se atrevió a tocar uno de mis senos y decirme: “me lo comería todito, mi amor”. Quedé en shock, me di la vuelta y por un rato me quedé ahí mirando cómo se alejaba como si nada hubiese hecho, como si no acabase de tocarme, de agredirme y de humillarme. Comencé a maldecir hasta a mi genética por tener muchas curvas”* Observatorio contra el Acoso Callejero. Testimonios [En línea] <<https://www.ocac.cl/testimonios-2/>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

⁴⁰ TUERKHEIMER, ob. cit., p. 187.

⁴¹ ARANCIBIA, Javiera et. al., ob. cit., p. 10.

⁴² Ídem.

apropiado, un cuerpo que sin pertenecer al espacio público, se vislumbra como tal, pudiendo ser nombrado, señalado, criticado o posesionado.”⁴³

En conclusión, en un mundo donde el género se ordena de manera jerarquizada, los actos constitutivos de ASC no sólo implican muchas veces un trauma psicológico o físico para la mujer, sino que tienen otras implicancias de carácter político. Cuando las mujeres son víctimas de ASC, éstas ya se encuentran inmersas en un contexto de opresión de género. Así, la subordinación de las mujeres se ve reflejada y reforzada por conductas como éstas, expresando vívidamente cómo la violencia de género ejercida en contra de las mujeres es sistémica y estructural⁴⁴.

4. El ASC en el derecho comparado

Nuestro continente no ha sido ajeno a la discusión relativa a cómo enfrentar el fenómeno social en estudio, donde Perú ya cuenta con una ley al respecto⁴⁵. En lo referente al continente europeo, Bélgica contempla una ley que sanciona actos de sexismo realizados en espacios públicos⁴⁶.

Por su parte, a pesar de no contemplar sanciones para el acoso sexual callejero, tanto Argentina como Paraguay cuentan con proyectos de ley en tramitación que sancionan este tipo de conductas.

En el presente apartado analizaremos las soluciones llevadas a cabo por los países de Perú y Bélgica, elección realizada en base a que ambos países ya cuentan con una normativa aprobada, sumado a la información disponible al respecto. Asimismo, por motivos de extensión de la materia, sólo se analizará la conducta típica y su respectiva sanción.

4.1 Perú

El ASC se sanciona explícitamente en Perú desde 2015, a través de la Ley N° 30.314, para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos⁴⁷.

⁴³ *Ibíd.*, p 11.

⁴⁴ TUERKHEIMER, ob. cit., p. 188.

⁴⁵ PERÚ. Ley N° 30.314, para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos. [En línea] <https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_per_ley30314.pdf> [Fecha de consulta: 27.12.17]

⁴⁶ BÉLGICA. Ley para combatir comportamientos sexistas en la esfera pública [En línea] < <https://goo.gl/eNxNEq>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

⁴⁷ PERÚ. Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos.

a) Conducta típica

Según establece el artículo 1 de la presente Ley, sus objetivos serían “prevenir y sancionar el acoso sexual producido en espacios públicos que afectan los derechos de las personas, en especial, los derechos de las mujeres”⁴⁸, entendiendo por espacio público “toda superficie conformada por vías públicas y zonas de recreación pública.”⁴⁹

En lo que concierne a la conducta típica, ésta es definida en el artículo 4 de la ley, estableciendo que el acoso sexual en espacios públicos es “la conducta física o verbal de naturaleza o connotación sexual, realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas, por considerar que afectan su dignidad y sus derechos fundamentales, como la libertad, la integridad y el libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos.”⁵⁰

De este modo, podemos desprender dos requisitos o elementos típicos copulativos: La naturaleza o connotación sexual y el *rechazo expreso* de la conducta por parte de la víctima. Sin embargo, respecto al último requisito encontramos dos excepciones: Que la víctima sea menor de edad o que existe impedimento de expresar dicho rechazo por parte de ésta⁵¹.

Respecto a las exigencias para la configuración de la conducta, el *rechazo expreso* del acoso por parte de la víctima se convierte en un obstáculo para sancionar este tipo de conductas, pudiendo llegar a convertirse en una disposición *simbólica*, vista la difícil aplicación del requisito.

Luego, la Ley procede a enumerar ejemplos de conductas que constituyen acoso sexual en espacios públicos⁵²:

- Actos de naturaleza sexual, verbal o gestual;
- Comentarios e insinuaciones de carácter sexual;
- Gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos;
- Tocamientos indebidos, roces corporales, frotamientos contra el cuerpo o masturbación en el transporte o lugares públicos;

⁴⁸ Ibíd. artículo 1.

⁴⁹ Ibíd. artículo 2.

⁵⁰ Ibíd. artículo 4.

⁵¹ Ibíd. artículo 5.

⁵² Ibíd. artículo 6.

- Exhibicionismo o mostrar los genitales en el transporte o lugares públicos;

b) Sanción

La presente ley establece sanciones de carácter administrativas, entregándoles a los gobiernos regionales, provinciales y locales la tarea de establecer procedimientos administrativos *ad hoc*⁵³. Asimismo, estos organismos estatales deben incorporar medidas de prevención y atención de actos de acoso sexual en espacios públicos en sus planes operativos institucional como también brindar capacitación al personal.

La sanción se traduce en una multa, la cual puede ser impuesta tanto a personas naturales como a personas jurídicas; esto último en caso de que los actos sean realizados por trabajadores dependientes, donde no se haya ejercido un efectivo control sobre ellos. Cabe destacar que el legislador no explicita la sanción aparejada a cada una de las conductas de acoso sexual en espacios públicos, delegando dicha función al Ministerio del Interior⁵⁴.

Sin embargo, el proyecto de ley original contemplaba sanciones penales, pudiendo encontrar dentro de éstas desde la prestación de servicios comunitarios hasta la privación de libertad hasta por 7 años. Así, éstas fueron suprimidas en base a una posible incorporación posterior de este tipo de conducta al nuevo Código Penal peruano.

Cabe destacar también la inclusión de una serie de obligaciones de los ministerios frente al acoso sexual en espacios públicos. Por ejemplo, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables debe incorporar dentro de su “Plan Operativo Institucional” como en su “Plan Nacional contra la Violencia hacia la mujer” la problemática del acoso sexual en espacios públicos, llevando a cabo acciones concretas contra éste⁵⁵. Por su parte, el Ministerio de Educación cuenta con el deber de incluir en la malla curricular la enseñanza preventiva contra el acoso sexual en espacios públicos como forma de violación de derechos humanos⁵⁶.

⁵³ *Ibíd.* artículo 7.

⁵⁴ *Ibíd.* artículo 12.

⁵⁵ *Ibíd.* artículo 8.

⁵⁶ *Ibíd.* artículo 9.

4.2 Bélgica

El ASC se sanciona explícitamente en Bélgica desde 2014, a través de la “Ley para combatir comportamientos sexistas en la esfera pública.”⁵⁷

a) Conducta típica

La “Ley contra los Comportamientos Sexistas” de 2014, en su art. 2 define qué debemos entender por actos de sexismo en el espacio público, entendiendo por éstos *“cualquier acto o comportamiento que, en las circunstancias a que se refiere el artículo 444 del Código Penal, tiene la intención manifiesta de expresar desprecio por “una persona debido a su pertenencia sexual, o considerarla, por la misma razón, como inferior o esencialmente reducida a su dimensión, siempre y cuando le provoque una ofensa grave a su dignidad.”*⁵⁸

Por su parte, el art. 444 del Código Penal belga establece que la conducta deberá ejecutarse bajo alguna de las siguientes circunstancias⁵⁹:

- a) En reuniones o en lugares públicos;
- b) En presencia de varios individuos, en un lugar no público pero abierto a un cierto número de personas que tienen el derecho a estar o a reunirse allí;
- c) En un lugar cualquiera, en presencia de la persona ofendida y delante de testigos;
- d) Mediante escritos, impresos o no, imágenes o emblemas repartidos, puestos a la venta o puestos a la vista del público;
- e) Mediante escritos no hechos públicos, pero dirigidos, enviados o comunicados a varias personas.”

b) Sanción

El artículo 3° de la ley establece que las conductas definidas como sexistas son castigadas con pena de prisión, de un mes a un año, y/o una multa de 50 a 1000 euros.

4.3 Denominaciones comunes y diferencias

Como podemos ver, tanto Perú como Bélgica dan una respuesta legal al fenómeno social de acoso sexual en los espacios públicos. Sin embargo, cabe destacar que el ámbito de regulación por parte de Bélgica resulta más amplio que el de Perú, al sancionar conductas de carácter sexista, pudiendo no sólo subsumirse bajo este concepto conductas constitutivas

⁵⁷ BÉLGICA. Ley para combatir comportamientos sexistas en la esfera pública.

⁵⁸ *Ibíd.* artículo 2.

⁵⁹ Código Penal de Bélgica. Artículo 444 [En línea] <<https://goo.gl/wV7sJF>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

de acoso sexual en los espacios públicos, sino que también, tal como se establece en el art. 2 de la ley belga, actos que cuenten con la intención manifiesta de expresar desprecio por *“una persona debido a su pertenencia sexual, o considerarla, por la misma razón, como inferior o esencialmente reducida a su dimensión”*. De este modo, a diferencia de Perú, el disvalor de la conducta sancionada en Bélgica se fundamenta bajo el concepto de *sexismo*, y no respecto a la connotación o significación sexual del acto, cuestiones que, a pesar de poder coincidir en ciertos casos, no siempre será así⁶⁰.

En lo relativo a la sanción, ambos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de imponer una pena de multa; sin embargo, la ley belga incluye la posibilidad de sancionar mediante una pena de prisión de un mes a un año.

⁶⁰ Podría decirse que toda conducta consistente en actos de acoso sexual en el espacio público es manifestación es al mismo tiempo, una conducta sexista; sin embargo, no toda conducta sexista es un acto de acoso sexual.

Capítulo II. Acoso Sexual Callejero y Regulación Actual en Chile.

1. La regulación del acoso sexual en Chile

En Chile, los actos constitutivos de acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso al público no se encuentran tipificados de manera autónoma en nuestro Código Penal. De este modo, la posibilidad de juzgar y castigar este tipo de agresión sexual radica en una interpretación casuística de hechos y tipos penales, como suele ocurrir con el delito-falta de ofensas al pudor o las buenas costumbres, contenido en los arts. 373 y 495 N° 5 CP, o mediante el delito de abuso sexual contenido en el art. 365 bis y siguientes del Código Penal. Sin embargo, como se verá más adelante, dichos tipos penales no resultan adecuados para sancionar actos constitutivos de ASC.

A pesar de no existir una regulación explícita del fenómeno social en estudio, existen ciertos atisbos relativos al concepto de acoso sexual en nuestra legislación: Es a través del acoso sexual en el lugar de trabajo y el delito de abuso sexual donde nuestra legislación hace referencia a ciertos elementos característicos del acoso sexual.

2. Regulación acoso sexual en el ambiente laboral

La figura de acoso sexual en el ambiente laboral es introducida en nuestra legislación en 2005, a través de la Ley N° 20.005 que Tipifica y Sanciona el Acoso Sexual. De este modo, nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia por primera vez respecto a este tipo de agresión a través de la legislación laboral. El artículo 2 del Código del Trabajo establece que *“las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”*.

Dado su ámbito de regulación, los elementos de la presente definición se definen en pos de éste: i) Velar por un ambiente laboral apropiado; ii) Buscando garantizar el bienestar de los/as trabajadores/as; iii) Evitando que se *amenace* o se *perjudique* la *situación laboral* u *oportunidades en el empleo*.

Tal como se estableció anteriormente, el acoso sexual en el lugar de trabajo atribuye *“un papel sexual a la mujer y contribuye a perpetuar su subordinación en la sociedad. El acoso*

sexual constituye una forma de discriminación sexual, pues no sólo degrada a la mujer, sino que refuerza y refleja el concepto de falta de profesionalismo por parte de las trabajadoras a las que, en consecuencia, se considera menos aptas para realizar sus tareas que sus colegas masculinos.”⁶¹

Así, el acoso sexual en el ámbito laboral y aquel perpetuado en el espacio público más que compartir elementos comunes, son manifestaciones de una misma violencia: la violencia de género. Es así como ambas manifestaciones de violencia y discriminación responden a un mismo fenómeno, esto es, el traspasar el rol histórico de subordinación (y sexualización) de la mujer en el espacio privado, a aquellos espacios que no han sido históricamente “su lugar”: el trabajo y el espacio público.

Sin perjuicio de responder ambos tipos de acoso sexual a un mismo fenómeno social de carácter más abstracto, su regulación y consecuente sanción debe hacer frente a elementos distintos: el acoso sexual en el ámbito laboral, tal como lo dice su nombre, se enmarca dentro de una relación laboral, muchas veces mediada por una relación de subordinación y dependencia (sin perjuicio de que pueda el acoso llevarse a cabo entre pares), relación que no existe entre el acosador y la víctima en el acoso sexual callejero.

Dicho lo anterior, por razones obvias, la regulación del acoso sexual en el ámbito laboral resulta insuficiente a la hora de hacer frente a los actos constitutivos de acoso sexual en el espacio público, al prescindir este último del elemento esencial de existir entre el hechor y la víctima una relación de carácter laboral.

3. El ASC en el Código Penal

Nuestro Código Penal no contempla sanciones específicas para los actos constitutivos de acoso sexual en el espacio público; sin embargo, a pesar de no existir un tipo penal determinado que sancione dichas conductas, nuestra jurisprudencia ha tendido a subsumir éstas bajo distintos tipos penales existentes, en donde encontramos, principalmente, el delito-falta de ofensas al pudor o las buenas costumbres, contenido en los arts. 373 y 495 N° 5 CP y el delito de abuso sexual, contenido en los arts. 365 bis y siguientes CP.

De este modo, en el presente apartado se analizará la pertinencia de subsumir los actos de ASC (en sus distintas manifestaciones) bajo dichos tipos penales, poniendo especial énfasis

⁶¹ TOLEDO, Patsilí. *Ley N° 20.005 sobre Acoso Sexual en Chile*. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, n° 2, 2006, p. 205.

en si existe efectivamente una correspondencia entre los bienes jurídicos protegidos por dichos tipos penales y aquel (o aquellos) vulnerado(s) por el ASC, como también si los actos de ASC resultan subsumibles bajo las conductas típicas sancionadas por dichos tipos penales ya existentes en nuestro Código Penal.

3.1 Abuso Sexual

El delito de abuso sexual se encuentra regulado en el Libro II, Título VII del Código Penal, (“Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”).

Nuestro Código Penal estructura los delitos sexuales a partir de la figura de la violación, la cual muestra una nomenclatura jurídica autónoma. Así, nuestro Código utiliza una técnica de *subsidiariedad expresa*, en donde la conducta típica del delito de abuso sexual contenido en los artículos 365 bis y ss. es definida como una *acción sexual distinta del acceso carnal*, asignándole el carácter de tipo residual respecto de las figuras que lo preceden⁶².

Mediante el art. 366 ter⁶³, nuestro Código Penal nos entrega una definición de qué debemos entender aquella “acción sexual” comprendida en las tres hipótesis de abuso sexual contenidas en los arts. 365 bis, 366 y 366 bis. Respecto a la historia fidedigna de la Ley N° 19.617 de 1999, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, el legislador eliminó el elemento típico de la deshonestidad, reemplazando dicho criterio subjetivo por un elemento de carácter normativo: la “significación sexual” del acto⁶⁴. Así, el legislador chileno procedió con un apego más estricto al principio de determinación o taxatividad, delimitando de mejor manera el objeto de la prohibición⁶⁵.

El art. 366 ter delimita los contornos de qué debemos entender por esta acción distinta del acceso carnal, estableciendo como criterios la “significación sexual” y la “relevancia” de dicha acción, la cual puede realizarse “mediante contacto corporal con la víctima” o “que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. De este modo, podemos establecer tres criterios que permiten establecer

⁶²RODRÍGUEZ C., Luis. *Delitos sexuales*. 2ª Ed, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016, p. 247.

⁶³ Artículo 366 ter CP: “Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.”

⁶⁴ GARRIDO M., Mario. *Derecho penal. Parte especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 316.

⁶⁵ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 248.

cuándo estamos en presencia de una acción sexual: la connotación sexual del acto, su relevancia y una aproximación corporal con la víctima⁶⁶.

Sin embargo, el uso de conceptos normativos para efectos de determinar cuándo un determinado acto puede catalogarse como una conducta susceptible de ser subsumida bajo el delito de abuso sexual no resulta del todo claro; dicho lo anterior, ¿qué entendemos por un *acto de significación sexual y relevancia*? ¿Qué implica que dicho acto sea realizado mediante un contacto corporal con la víctima o a través de la afectación de los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella?

La respuesta a dichas interrogantes, con la consecuente delimitación de la conducta típica del delito de abuso sexual en sus distintas formas, ha sido tarea constante de nuestra doctrina y jurisprudencia⁶⁷, otorgándoles un significado a dichos conceptos, en base a distintos criterios que se estudiarán en el presente apartado.

a) Significación sexual del acto

La posición de la doctrina no ha sido unívoca respecto a qué debemos entender por un acto de significación sexual: por una parte, existen autores que establecen la necesidad de recurrir a parámetros objetivos, encontrando dentro de éstos la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, en alusión a los cánones sexuales vigentes en la comunidad de que se trate. Por otro lado, encontramos aquel sector de la doctrina que opta por la utilización de criterios subjetivos, haciendo especial énfasis en la intención con que actúa el hechor, donde podemos encontrar los conceptos de *lubricidad* o *ánimo lascivo* del sujeto activo, donde lo relevante para definir un acto como uno de connotación sexual será el que el hechor se represente en su fuero interno dicho acto como tal o como una forma de satisfacer el apetito sexual. Sin perjuicio de las distintas posturas adoptadas, pareciera ser que fijar parámetros para establecer cuando estamos en presencia de un acto de significación sexual no es una tarea fácil.

En palabras de Rodríguez Collao, la determinación acerca del carácter sexual o no de un determinado comportamiento *“ha de ser efectuada tomando como base parámetros objetivos”*, en donde lo relevante *“no es que el autor del delito haya actuado efectivamente bajo el impulso de esta motivación, o con la intención de que la víctima experimente algún*

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 249.

⁶⁷ Véase BASCUÑÁN V., Antonio. *El Delito de Abuso Deshonestos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 67.

grado de satisfacción o desahogo sexual; lo que realmente interesa es que el acto sea de aquellos que los seres humanos (o una porción de éstos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual”⁶⁸. Si, por el contrario, la determinación respecto el carácter sexual de una determinada conducta o comportamiento fuera efectuado tomando como base únicamente el fuero interno del hechor, el delito de abuso sexual se transformaría en “una forma de penalizar el simple ejercicio desviado de la actividad sexual”⁶⁹, lo cual resultaría incompatible con el principio de taxatividad que permea nuestro ordenamiento jurídico-penal⁷⁰.

En un sentido similar, Garrido Montt entiende por un acto de significación sexual aquellos que resultan “objetivamente adecuados” para excitar el instinto sexual de una persona, poniendo especial énfasis en los criterios que existan en el medio social donde se desarrollan estos actos⁷¹. De este modo, esta valoración debiese ser realizada de acuerdo a “las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto.”⁷²

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez⁷³ establecen que el elemento clave para distinguir aquellos actos de connotación sexual sería el ánimo libidinoso, “al igual que en el antiguo delito de abusos sexuales, aunque como en la anterior redacción, el elemento tendencial no se nombre.” Así, los autores establecen que sería en base a este elemento subjetivo cómo podrían diferenciarse “los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y las caricias y correcciones”⁷⁴ de aquellos actos de connotación o significación sexual, ya que de otro modo, éstas podrían catalogarse como conductas típicas de abuso sexual, descartándose su punición al momento de analizar la antijuricidad de la conducta, lo que en opinión de los autores, resultaría del todo inapropiado⁷⁵.

Dicho lo anterior, cabe concluir que no existen parámetros unívocos para lograr identificar cuando nos encontramos frente a un acto de significación sexual, cuestión que se convierte en una tarea que debe ser llevada a cabo por nuestra jurisprudencia⁷⁶, atendiendo las

⁶⁸ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 250.

⁶⁹ Ibíd., p. 251.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ GARRIDO M., ob. cit., pp. 315-316.

⁷² Ídem.

⁷³ POLITOFF L., Sergio et al. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p.269.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 251; POLITOFF et. al., ob. cit., p. 269.

circunstancias particulares de cada caso, recogiendo los criterios esbozados por nuestra doctrina.

Por su parte, nuestra jurisprudencia tampoco ha establecido parámetros uniformes respecto al significado de un acto de *significancia sexual*. Al igual que nuestra doctrina, la jurisprudencia ha utilizado tanto criterios objetivos como subjetivos a la hora de hacer frente a este elemento del tipo⁷⁷.

b) Relevancia del acto

El artículo 366 ter explicita que el acto ejecutado no sólo debe ser sólo de significación sexual, sino que al mismo tiempo, este acto debe ser *relevante*. De este modo, la relevancia del acto no resulta un requerimiento implícito – cuestión que sí ocurre en el derecho español – y tampoco susceptible de ser medida por la modalidad de ejecución del acto utilizada por el autor, factor de determinación de la penalidad del delito, cuestión que de lo contrario vulneraría el principio de *non bis in idem* consagrado en el artículo 63 CP⁷⁸.

Rodríguez Collao establece que tanto la exigencia de relevancia como el requisito de significación sexual girarían en torno a una misma idea: *“la índole sexual del comportamiento ejecutado”*⁷⁹. Sin perjuicio de lo anterior, dicha relevancia *“ha de revestir una cierta importancia o gravedad dentro del conjunto de los comportamientos de esa misma índole”*⁸⁰. De este modo, no todos los actos de connotación sexual pueden ser abarcados por el tipo de

⁷⁷ Así, por ejemplo, inclinándose por un criterio subjetivo, en su Considerando Séptimo, la Corte de Apelaciones de Talca establece que *“(...) de manera que el contenido subjetivo de la acción, constituye el elemento esencial para advertir la connotación del acto y, a partir de allí, configurar la existencia de un ilícito. (...) Según se desprende del hecho establecido por el Tribunal recurrido, objetivamente, “....., le tomó una de sus manos y cubriéndola con la suya procedió a tocar y apretar con ésta uno de sus pechos, por sobre la ropa”, sin que se haya establecido intención lasciva, no es constitutivo del delito de abuso sexual, por lo que se incurrió en un error de derecho al proceder a esa calificación jurídica.”* Corte de Apelaciones de Talca. Causa N° 706/2016, 17.10.16. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció en su Considerando Segundo que *“En efecto, un acto es de “significación” sexual cuando es de “importancia”, esto es “de mucha entidad o consecuencia”, y es “relevante” lo que es “significativo”. Y si ello es así en el orden moral de las cosas cotidianas, no podrá serlo en el orden penal, esto es, en cuanto a que contra la víctima haya habido una conducta de tal entidad o consecuencia que de merito bastante a una conducta que merezca una pena que se halle claramente descrita dentro del ordenamiento punitivo.”* Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2862/2010, 01.04.11.

En otra ocasión, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su Considerando Cuarto estableció que *“(...) resulta evidente que el padre al exigir a su hijo que le tome el pene cuando orina, lo hace mediante una forma que resulta potencialmente adecuada con la finalidad de procurarse una satisfacción de su instinto sexual; al mismo tiempo, ese acto resulta de la entidad suficiente para satisfacer el indicado instinto. La defensa solo dice que no se acredita el objetivo de excitación sexual, lo que en verdad no es así, pues la sentencia lo demuestra en el extenso análisis que hace del comportamiento del padre, a lo que cabe preguntarse ¿que perseguía el padre exigiendo a su hijo que le tomara el pene cuando orinaba? ¿Es un comportamiento inocuo? ¿un simple juego? Obvia y claramente la respuesta apunta a un solo sentido, conduce a que se realizaba dicha acción con la finalidad de satisfacer un sentimiento lascivo del ejecutor.”* Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2605/2012, 12.11.12.

⁷⁸ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 252.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

abuso sexual – como por ejemplo, la introducción de un dedo en la boca de la víctima o un beso – sino solamente aquellos que efectivamente signifiquen una vulneración al bien jurídico protegido por el tipo⁸¹; esto, en alusión al carácter fragmentario y el principio de *última ratio* que permea nuestro ordenamiento penal. En palabras de Garrido Montt, el carácter *relevante* del acto de significación sexual “[e]s exigencia – indirecta – de gravedad de la conducta en la representación sexual del victimario y en la potencialidad lesiva de la sexualidad de la víctima.”⁸²

c) Aproximación corporal con la víctima

De acuerdo a la redacción del artículo 366 ter del Código Penal, se exige que el acto se realice “mediante contacto corporal con la víctima” o que éste “haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.” De este modo, el contacto corporal se traduce en dos modalidades, en donde en ambas resulta esencial la *afectación corporal*, existiendo así un énfasis en la afectación corporal de la víctima.

Respecto a la primera modalidad, esto es, la realización de la acción sexual mediante un contacto corporal con la víctima, Rodríguez Collao califica este contacto como el “roce efectivo de una parte del cuerpo del autor con alguna parte del cuerpo de la víctima (...) sin que sea menester que ésta se encuentre desnuda o que haya un efectivo roce de la piel”⁸³; añade el autor que dicho contacto corporal no tiene por qué reducirse a las zonas erógenas del cuerpo ya que “el carácter sexual del comportamiento (...) bien puede derivar de otras circunstancias que no sean específicamente la parte del cuerpo en la cual se materializa el contacto físico entre el autor y la víctima”⁸⁴.

Respecto a la segunda modalidad – la afectación de los genitales, el ano o la boca de la víctima – ésta comprendería los casos de abuso sexual que se materializan con la frotación o introducción de objetos contra el cuerpo de la víctima, existiendo un acento en el cuerpo de ésta última⁸⁵; sin perjuicio de este acento, “pareciera irrelevante quién asume el rol activo en

⁸¹ *Ibíd.*, p. 253.

⁸² GARRIDO M., *ob. cit.*, p. 316.

⁸³ RODRÍGUEZ C., *ob. cit.*, p. 254.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 255.

⁸⁵ GARRIDO M., *ob. cit.*, p. 317.

la ejecución del acto, en tanto su realización haya sido forzada o inducida”, cuestión que se desprende de la expresión “cualquier” acto de significación sexual (art. 366 ter)⁸⁶.

Cabe recalcar que, tal como se dijo anteriormente, para que podamos encontrarnos frente a una acción sexual en los términos del art. 366 ter CP, ésta deberá siempre contar con los requisitos de significación sexual y relevancia.

d) Faz subjetiva del tipo ¿Ánimo lascivo?

¿Debe concurrir un elemento subjetivo adicional para que nos encontremos frente a una conducta típica de abuso sexual?

Para que se configure la conducta descrita en el artículo 366 ter, cierto sector de nuestra doctrina exige un elemento típico adicional de carácter subjetivo: el *ánimo lascivo*. Sin embargo, al igual que los elementos normativos del art. 366 ter CP, no resulta fácil encontrar una definición unívoca de esta animosidad particular del hechor. De este modo, la exigencia de comprobar una búsqueda de excitación sexual como un elemento subjetivo adicional ha sido rechazado por autores como Rodríguez Collao, Maldonado Fuentes y Garrido Montt⁸⁷.

Maldonado establece que la presente exigencia se encuentra incluida en los elementos normativos del tipo ya existentes en el art. 366 ter; así, *“la intencionalidad inherente a la ejecución del acto conlleva el conocimiento y voluntad de su significación sexual (definida con fundamento en dicha referencia normativa), de modo tal que mal podría afirmarse que en su ejecución no se está obrando con miras o motivaciones de carácter sexual.”*⁸⁸

En adición a lo anterior, exigir el ánimo lascivo o libidinoso significaría limitar de manera injustificada la protección de los bienes jurídicos tutelados por el delito de abuso sexual, vulnerando el mandato de legalidad penal⁸⁹.

e) La conducta típica en el abuso sexual y el ASC

Habiendo analizado la conducta típica de abuso sexual, ¿es posible subsumir las distintas manifestaciones del acoso sexual callejero bajo los tipos penales de abuso sexual contenidos en el Código Penal chileno?

Las modalidades de ejecución del acoso sexual callejero pueden dividirse principalmente en:

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ RODRÍGUEZ C., ob. cit., pp. 262-263; GARRIDO M., ob. cit., pp. 321-322.

⁸⁸ Opinión de Francisco Maldonado GARRIDO M., ob. cit., p. 321.

⁸⁹ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 263.

1. Acoso sexual callejero consistente en actos verbales y no verbales de connotación sexual;
2. Acoso sexual callejero consistente en la captación de imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él;
3. Acoso sexual callejero consistente en actos como abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, persecución a pie o en medios de transporte;
4. Acoso sexual callejero consistente en actos que involucren el contacto físico de carácter sexual.

En primer lugar, debemos descartar la posibilidad de subsumir bajo los tipos penales de abuso sexual aquellos actos constitutivos de acoso sexual callejero que carecen del elemento típico de *contacto corporal* entre la víctima y el hechor, a saber, los actos verbales y no verbales y la captación de imágenes, videos o registros audiovisuales. Asimismo, los abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, tampoco resultan posibles de ser reconducidos a la conducta típica descrita en el artículo 366 ter CP, visto a que también carecen de este elemento esencial.

Así lo ha establecido Rodríguez Collao⁹⁰, quién excluye del ámbito de aplicación del art. 366 ter la *contemplación lasciva de zonas erógenas o no erógenas del cuerpo*, las *palabras y gestos obscenos* y los actos de *exhibicionismo*, visto a cómo estos no cumplirían con los requisitos exigidos por el artículo 366 ter, esto es, el contacto corporal con la víctima o la afectación de las zonas erógenas del cuerpo.

Sin embargo, ¿pueden los actos de ASC que involucren contacto físico ser subsumidos bajo la conducta típica de los delitos de abuso sexual contenidos en el Código Penal chileno?

Un contacto físico de índole sexual en un contexto público no consentido puede manifestarse de muchas formas distintas: frotaciones, besos, tocaciones o “manoseos” en zonas erógenas (como no-erógenas) del cuerpo son sólo algunas de las formas en que se manifiesta el acoso sexual callejero.

Tal como se mencionó anteriormente, definir los elementos que caracterizan a la acción sexual descrita en el artículo 366 ter ha sido una tarea entregada a nuestra doctrina y jurisprudencia, en donde esta última ha cumplido un rol fundamental en la presente tarea. Sin embargo, no es posible encontrar en ésta una postura unívoca respecto a qué debemos

⁹⁰RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 258.

entender por actos de *significación sexual y relevancia* realizados mediante *contacto corporal con la víctima* o que haya afectado ciertas zonas erógenas del cuerpo de la víctima.

A pesar de no existir un criterio unívoco respecto a qué tocamientos representan actos de significación sexual y relevancia susceptible de ser subsumidos bajo los tipos penales de abuso sexual, existe una clara tendencia en nuestra doctrina y jurisprudencia de que la acción sexual en cuestión debe estar revestida de cierta *gravedad*. Así, en palabras de Rodríguez Collao, para que un acto constituya una acción sexual para efectos del artículo 366 ter, éste deberá efectivamente importar *“una lesión del bien jurídico protegido, a través del involucramiento de una persona en un contexto sexual.”*⁹¹

Similar es la postura de Garrido Montt, en donde el vocablo *relevancia* hace alusión a la *potencialidad lesiva* con que cuenta el acto frente a la sexualidad de la víctima⁹².

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha sido reticente a catalogar como actos de significación sexual y relevancia ciertas conductas que se asimilan a actos de acoso sexual callejero, como el mero tocamiento o roce, el tocar las piernas de la víctima como tampoco los “agarrones” o “manoseos”. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta estableció que *“objetivamente, pasar las manos por sobre la parte anterior del torso de una menor de ocho años de edad, sin que se haya establecido intención alguna, no es constitutivo del delito de abuso sexual.”*⁹³ Por su parte, la Corte de Apelaciones de Copiapó estableció que *“no cualquier acción puede configurar un delito de abuso sexual, para ello es necesario que el acto tenga connotación sexual, es decir, se trate de un acto de relevancia capaz de atentar contra la indemnidad sexual de la víctima, y por lo mismo resulte ser grave, conforme parámetros objetivos y subjetivos, no basta con el mero tocamiento o roce, es necesario que éste esté revestido de cierta gravedad, que signifique una lesión al bien jurídico protegido.”*⁹⁴

De este modo, forzoso sería pensar que nuestros tribunales calificarían como un abuso sexual un “agarrón” o un “manoseo” en espacios públicos o de libre acceso al público, como comúnmente ocurre en el transporte público en nuestro país; en un mismo sentido, a pesar de no existir una única postura en nuestra doctrina respecto a qué se debe entender por los

⁹¹Ídem.

⁹² GARRIDO M., ob. cit., p. 316.

⁹³Corte de Apelaciones de Antofagasta. Causa N° 105/2008, 11.07.2008.

⁹⁴Corte de Apelaciones de Copiapó. Causa N° 105/2008, 11.07.2008. Considerando 9º: *“En efecto, no cualquier acción es apta para configurar un abuso sexual, pues resulta necesario que el acto tenga connotación sexual, esto es, que se trate de un acto de relevancia capaz de atentar contra la indemnidad sexual de la víctima y, por lo mismo, que sea grave, conforme a parámetros objetivos y subjetivos, que deben ser acreditados por el ente acusador, no bastando el mero tocamiento o roce”*

elementos del artículo 366 ter CP, también resultaría forzoso concluir que ésta catalogaría los actos de ASC mencionados como actos de significación sexual y relevancia, que impliquen contacto corporal con la víctima o la afectación de zonas erógenas del cuerpo.

Sin embargo, respecto de aquellas conductas constitutivas de ASC calificadas por nuestra doctrina y jurisprudencia como constitutivas de abuso sexual, como tocamientos en los glúteos y vagina⁹⁵, masturbación realizada por la víctima al hechor⁹⁶, introducción de mano en la vagina de la víctima⁹⁷, tocamientos de senos y vagina por debajo de la ropa⁹⁸, entre otros, sí podrían resultar punibles bajos los tipos penales de abuso sexual contenidos en los arts. 366 y ss. de nuestro Código Penal.

3.2 El delito-falta de ofensas al pudor

Los ultrajes públicos a las buenas costumbres contemplan dos figuras delictivas en nuestro Código Penal, a saber, el artículo 373, también conocido como el delito de ofensas al pudor o a las buenas costumbres, y el artículo 374, el cual se traduce en el delito de difusión de pornografía. Por otra parte, podemos encontrar la falta de ofensas al pudor con acciones o dichos deshonestos en el artículo 495 N° 5 CP, contemplando una sanción de multa de una Unidad Tributaria Mensual (UTM).

La conducta típica del artículo 373 CP se traduce en *“los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”*.

a) El “ofender”

De este modo, el art. 373 utiliza como verbo rector el vocablo “ofender”. La Real Academia Española ha conceptualizado este verbo como *“humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos”* o también como el *“ir contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable.”*⁹⁹

El verbo “ofender” es un verbo de afección psíquica, esto es, aquellos que *“designan procesos que afectan al ánimo o producen acciones o reacciones emotivas, como afectar, asustar, asombrar, convencer, divertir, impresionar, molestar, ofender, perjudicar, preocupar,*

⁹⁵Corte de Apelaciones de Concepción. Causa N° 942/2016, 13.12.2016, Considerando Octavo.

⁹⁶Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2605/2012, 12.11.12, Considerando Cuarto.

⁹⁷Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 1663/2011, 26.09.11, Considerando Primero.

⁹⁸Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2153/2008, 05.12.08, Considerando Séptimo.

⁹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. [En línea] <<http://dle.rae.es/?id=Qv1oFOI>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

etc.”¹⁰⁰ De este modo, el verbo utilizado hace alusión a cuestiones difíciles de materializar y objetivar a través de los sentidos, dado su alto componente subjetivo; es decir, para quién un determinado acto puede catalogarse como una ofensa, podrá no serlo así para otro.

b) El pudor

Por su parte, el concepto de *pudor* tampoco encuentra una definición unívoca. Rodríguez Collao establece una doble acepción del concepto de *pudor*, pudiendo encontrar una faz colectiva y una individual. De este modo, el pudor *colectivo* aludiría a “*sentimientos predominantes en la comunidad en cuanto al ejercicio de la actividad sexual*”¹⁰¹. Por su parte, el pudor *individual* haría referencia al “*interés de cada persona por mantener un cierto margen de reserva en todo lo que atañe a las manifestaciones del impulso sexual*”¹⁰², poniendo énfasis en las emociones experimentadas frente a los actos en cuestión, en donde podemos encontrar el recato, la ruboridad, la vergüenza, entre otras¹⁰³.

c) Las buenas costumbres

Por su parte, el concepto de buenas costumbres ha sido entendido en estrecha relación con el concepto de *moralidad pública*¹⁰⁴, en donde la libertad del individuo para determinar su comportamiento sexual encontraría ciertos límites, como la normalidad y la privacidad¹⁰⁵; así, el comportamiento sexual del individuo se ajustaría a las buenas costumbres en la medida en que éste observa los límites en cuestión.

A pesar de presentársenos como un concepto neutro, entendiendo la “normalidad” y la “privacidad” como conceptos aparentemente exentos de carga valorativa, el concepto de buenas costumbres no se encuentra exento de reparos: dentro de estos límites a la libertad sexual del individuo encontramos “*criterios éticos imperantes en el medio social, los cuales dependen exclusivamente de las valoraciones culturales, y no de un eventual beneficio para la persona individualmente considerada.*”¹⁰⁶ Es así como nos preguntamos ¿estamos ante un delito sin víctima?

¹⁰⁰ RAE. Diccionario panhispánico de dudas.[En línea] < <https://goo.gl/Y3Wh6V>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

¹⁰¹ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 139.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 138.

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 141.

¹⁰⁵ *Ídem.*

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 142.

d) El escándalo y la trascendencia

Respecto al concepto de “escándalo”, nuestra jurisprudencia ha entendido que los hechos deben llegar al conocimiento de un grupo o varias personas, provocando una *“reacción de reprobación o de mal ejemplo”*¹⁰⁷. Por su parte, la “trascendencia” de un acto radicaría en la *“publicidad o repercusión que alcanza en la sociedad”*¹⁰⁸.

En palabras de Garrido Montt, el escándalo y la trascendencia *“deben ser consecuencia del hecho realizado y no de la difusión con posterioridad terceros que tomaron conocimiento del hecho pueden haberle dado”*¹⁰⁹

e) La conducta típica en las ofensas al pudor y el ASC

Tal como se estableció anteriormente, el verbo rector utilizado (el “ofender”), como los elementos normativos del tipo (el pudor o las buenas costumbres) son conceptos difíciles de objetivar, cuestión que dificulta la calificación de un determinado acto como un hecho típico bajo el art. 373 CP.

Dicho lo anterior ¿podría ser posible que ciertos actos de acoso sexual callejero puedan ser subsumidos bajo el artículo 373 CP?

En principio, respecto a la conducta típica del art. 373 CP, no debiese existir inconveniente en subsumir actos de acoso sexual callejero consistentes en exhibicionismo o masturbación o actos que involucren contacto de físico de carácter sexual no susceptibles de ser catalogados como abuso sexual al carecer del requisito de *relevancia* bajo el delito estudiado.

Así por ejemplo nuestra jurisprudencia ha establecido que actos como la exhibición del pene de un individuo a adolescentes¹¹⁰ o los manoseos en partes íntimas del cuerpo por encima de la ropa¹¹¹ sí constituyen ofensas al pudor o a las buenas costumbres.

¹⁰⁷Corte de Apelaciones de Valdivia. Causa N° 308/2012, 17.07.12, Considerando Cuarto.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ GARRIDO M., ob. cit., p. 333.

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia. Causa N° 308/2012, 17.07.2012. Considerando Séptimo: *“Es dable concluir que la conducta desplegada por el imputado consistente en concurrir a diversos lugares de la ciudad en un vehículo, específicamente en las inmediaciones de establecimientos educacionales, desnudo de la cintura hacia abajo, haciendo llamar a adolescentes hacia el vehículo ocasión en que les exhibía el pene, este tribunal concluye que efectivamente se cometió el delito que contempla el artículo 373 del Código Penal, por cuanto los hechos materia de la acusación y mencionados en el fundamento octavo de la sentencia recurrida, ofendieron gravemente el pudor de las menores, como también las buenas costumbres por incurrir en hechos graves de trascendencia para aquellas, por cuanto constituyen sin duda alguna un atentado a la formación espiritual,*

Sin embargo, el razonamiento utilizado por algunos jueces pone especial énfasis en la afectación del sentir de un grupo o colectividad¹¹²:

“Considerando segundo: (...) ello no atiende solo al carácter de público del lugar o instancia donde se haya llevado a cabo la conducta deshonesta atentatoria en contra del pudor de que se trata, sino que se haya concretado la afectación en el sentir de un determinado grupo o colectividad, no bastando para estos efectos la presencia de la sola víctima. El sentenciador da las razones para arribar a dicha conclusión.”

“Considerando cuarto: De lo anterior se colige que las acciones ofensivas requieren de un cierto grado de escándalo o trascendencia, términos que se entienden referidos a la publicidad o conocimiento por otras personas y ello puede tener lugar cuando alguien más, fuera de la propia víctima, presencia tal conducta, lo que en la especie no fue acreditado.”

En un sentido parecido, la Corte de Apelaciones de Concepción estableció en 2015 lo siguiente:

“Considerando octavo: Que estos sentenciadores comparten el tratamiento que en su fallo le otorga a la controversia planteada sobre los elementos requeridos para dar configurado el delito por el cual el Ministerio Público formuló su requerimiento, en cuanto a que los hechos ofensivos deben lesionar, no el pudor individual o el sentimiento de una persona en concreto, sino el “pudor público”, las buenas costumbres, la comunidad, exigiéndose la ejecución de una conducta, de un comportamiento humano idóneo para lesionar el interés jurídico amparado y dirigido subjetivamente (dolo) a su afectación, y con hechos de grave escándalo y trascendencia.”

A pesar de ser posible subsumir ciertos actos constituyentes de acoso sexual callejero bajo el tipo penal de ofensas al pudor contenido en el artículo 373 CP, resulta artificioso concluir que nuestros Tribunales de Justicia entiendan dichos atentados como una vulneración a

rebajando la dignidad de las niñas objeto de la acción, constituyendo un mal ejemplo para sus personas y para la formación de su criterio.”

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 1458/2016, 02.06.16. Considerando Primero: *“El Ministerio Público calificó el hecho como ofensas al pudor al tenor del artículo 495 N° 5 del Código Penal, sin que hubiere sido objetado por la parte recurrente. Tal configuración, a criterio de esta Corte, se encuentra ajustada a derecho si se tiene en cuenta que la conducta se perpetró en plena Plaza de Armas de Santiago, a las 13:30 horas, lugar transitado por una multitud de personas y que probablemente pudieron observar eventualmente la actuación reprochada.”*

¹¹² Corte de Apelaciones de San Miguel. Causa N° 1093/2014, 25.08.14.

bienes jurídicos de carácter individual, al contrario de lo que ocurre con el bien jurídico del *pudor o las buenas costumbres*.

Dicho lo anterior, la pregunta relativa a si los actos constitutivos de acoso sexual callejero resultan subsumibles bajo la conducta típica antes descrita, es una cuestión que deberá ser analizada a propósito del bien jurídico protegido por el presente delito: el pudor o las buenas costumbres; esto, en base a cómo *“es el bien jurídico el que le da contenido material al injusto. A diferentes niveles, le da al mismo tiempo contenido notarial a la tipicidad y a la antijuridicidad.”*¹¹³

3.3 Exhibicionismo

El delito de exhibicionismo se encuentra contenido en el artículo 366 quáter inc. 1° de nuestro Código Penal, entendiendo este delito bajo la categoría de delitos de corrupción de menores.

La corrupción de menores, en términos generales, ha sido entendida como *“la realización de actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de una persona, poniendo en peligro la libertad en su ejercicio futuro”*¹¹⁴. De este modo, el vocablo *corrupción* hace alusión a un “deterioro”, “malformación” o “deformación” de la sexualidad del menor¹¹⁵.

a) Conducta típica

El artículo 366 quáter establece en su inciso primero: *“El que sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años (...) será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.”*

La conducta típica consiste en la realización de *acciones de significación sexual* frente a una persona menor de 14 años, distintas de aquella descrita en el artículo 366 ter CP. Respecto a la significancia sexual del acto, Garrido Montt establece que la acción podría consistir en *“expresiones corporales o verbales, de un victimario solitario, o de éste y un tercero, o de*

¹¹³HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Valdivia: Revista de Derecho, 2003, vol. 14, p. 130.

¹¹⁴GARRIDO M., ob. cit., p. 324.

¹¹⁵Ibíd., p. 325.

varias personas” no debiendo mediar contacto corporal entre el hechor y la víctima (he ahí el concepto de *exhibicionismo*)¹¹⁶.

A su vez, nuestro Código Penal sanciona el delito de exhibicionismo en aquellos casos en que el sujeto pasivo es una persona mayor de 14 años, pero menor de 18, cuando la ejecución de éste se encuentra acompañada de las circunstancias del numerando 1° del delito de estupro, estas son, el prevalimiento o engaño, y aquellas circunstancias enumeradas en el artículo 363 CP, es decir, mediante el uso de fuerza o intimidación, o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297 CP. En este caso, la sanción contemplada para dicha conducta es la misma que para aquellas realizadas en contra de menores de 14 años, esto es, presidio menor en su grado medio a máximo.

b) La conducta típica en el exhibicionismo y el ASC

Tal como se señaló, el delito de exhibicionismo contenido en el art. 366 quáter se enmarca dentro de los comúnmente denominados delitos de corrupción de menores; así, tal como lo indica su clasificación, el presente delito sanciona aquellas conductas de exhibicionismo ejecutadas en contra (o, mejor dicho, “en frente”) de, principalmente, menores de 14 años, sin perjuicio de sancionar aquellas conductas de exhibicionismo en donde concurren ciertas circunstancias comisivas, en donde la edad del sujeto pasivo se extiende hasta los 18 años de edad. De este modo, ¿qué ocurre con aquellas conductas de exhibicionismo ejecutadas frente a personas mayores de 14 años, sin la concurrencia de alguna de las circunstancias comisión recién explicitadas? ¿Y con aquellas ejecutadas frente a mayores de edad?

Según las características del sujeto pasivo, todos aquellos actos de exhibicionismo ejecutados en contra de mayores de edad, como de mayores de 14 años en donde no concorra alguna de las circunstancias comisivas establecidas, no resultan punibles bajo el delito de exhibicionismo.

Dicho lo anterior, los actos constitutivos de acoso sexual callejero consistentes en actos de exhibicionismo, masturbación y abordajes intimidantes realizados en contra de una persona que no cumpla con los requisitos típicos relativos al sujeto pasivo de la conducta del art. 366 quáter CP, no se encuentran sancionados por nuestro ordenamiento penal.

Sin perjuicio de lo anterior, dichas conductas han tendido a ser sancionadas bajo el delito-falta de ofensas al pudor contenido en el art. 373 y 495 N°5 del Código Penal, cuestión que,

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 329.

como se verá más adelante, no resulta correcto, entre otras cosas, en vista de la obsolescencia del bien jurídico protegido por estos tipos penales.

4. El bien jurídico vulnerado por el ASC

¿Qué bienes jurídicos protegen los delitos de ofensas al pudor y abuso sexual? ¿Se condicen éstos con aquel (o aquellos) vulnerado(s) por el ASC? En el presente apartado se buscará dar una respuesta a dichas interrogantes, comenzando por una breve descripción del rol del bien jurídico como fuente de legitimación material de la intervención del *ius puniendi* Estatal.

4.1 La teoría del bien jurídico

La pregunta por la naturaleza o razón de ser del Derecho Penal, como su consecuente legitimación formal y material, son materias que han sido objeto de discusión y estudio desde tiempos inmemoriales.

Si respecto al derecho penal objetivo o *ius poenale* el centro de la discusión académica ha sido la sistematización de las normas jurídico-penales¹¹⁷, el derecho penal subjetivo o *ius puniendi* puede ser definido como la “*potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima.*”¹¹⁸

Así, en la segunda mitad del Siglo XX, período de la posguerra, resurgen los principios de un Estado de derecho de corte liberal, en donde los efectos de la guerra y el crecimiento económico en base a un modelo de economía de mercado, provoca el resurgimiento de la valoración y consecuente protección de la libertad. Es en este contexto histórico donde “*se toma conciencia de la necesidad de la actividad social del Estado, que la pena en ese sentido tiene que regular activamente la vida social (...) [p]ero sin vulnerar el principio de libertad (del mercado, del capital) sobre el que se basa el sistema.*”¹¹⁹

a) La teoría de los sistemas de Luhmann

El Derecho Penal juega un papel fundamental en el aseguramiento de las condiciones mínimas de mantenimiento y desarrollo de este nuevo Estado de Derecho (pos)moderno; en

¹¹⁷ BUSTOS R., Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ªed., Barcelona: Editorial Ariel SA, 1994, p. 39.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pp. 42-43.

este sentido, destaca la teoría de los sistemas de Luhmann¹²⁰, en donde el Derecho Penal entraría a jugar un rol protagónico a la hora de *“reducir el nivel de complejidad que las sociedades posmodernas ofrecen a las personas desde una perspectiva psicológica o individual.”*¹²¹

Así, mediante el concepto de “expectativa normativa”, Luhmann establece que sería la *sanción* (en este caso, penal) la vía para hacer frente a la no coincidencia de lo esperado (expectativa) por un determinado individuo y lo acontecido en la realidad, canalizando así la sociedad estas frustraciones por medio de instrumentos que permiten mantener la estructura, siendo la sanción penal la forma más efectiva de asegurar dicha expectativa¹²². De este modo, la *coercibilidad* sería un *“elemento fundamental del derecho moderno, que responde a su especificación funcional, que es la interiorización de expectativas normativas y la disminución del riesgo de disfuncionalidad en la sociedad, cuando se coloque en peligro la comunicación”*¹²³.

Sin embargo, la presente teoría presenta ciertos reparos, específicamente respecto al hermetismo normativo que caracteriza a ésta, en donde, en palabras de García Cotarelo, *“la idea principal de la teoría de los sistemas es unir el cambio con un mecanismo autorregulado, esto es, la teoría acepta el cambio en la medida en que contribuye a determinar la identidad social. Lo que implica que el cambio se utiliza como medio para preservar el inmovilismo”*¹²⁴. En un sentido similar, Silva Sánchez señala que la teoría en estudio expresaría una *“concepción estática del bien jurídico”*, funcional a una determinada sociedad¹²⁵.

b) La teoría del bien jurídico

i. Concepción inmanente jurídico-positiva del bien jurídico¹²⁶

Una primera manifestación de lo que conocemos hoy como la teoría del bien jurídico, o el *principio de exclusiva protección del bien jurídico*, podemos encontrarla en la concepción

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1998.

¹²¹ HENAO CARDONA, Luis Felipe. *¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?* Bogotá: Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2004, vol. 6, n° 2, p. 503.

¹²² *Ibíd.*, p. 504.

¹²³ *Ibíd.*, p. 505.

¹²⁴ GARCÍA COTARELO, Ramón. *Crítica a la teoría de los sistemas*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1979, p. 70.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2002, p. 269.

¹²⁶ Utilizamos la clasificación de BUSTOS R., *ob. cit.*, pp. 44-56.

inmanente jurídico-positiva de este último, posición representada principalmente por Binding y Jakobs. Sin perjuicio de presentar diferencias teóricas, ambos autores establecen a grandes rasgos cómo el Estado, al ser el creador de las normas, es, al mismo tiempo, creador de los bienes jurídicos¹²⁷; de este modo, el valor o *interés* atacado con la comisión de un hecho delictivo sería la obediencia a la norma; así, para Binding, “*el bien jurídico queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica, es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, se trata de términos inseparables, no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del estado*”¹²⁸.

De este modo, Binding entiende el concepto de bien jurídico en relación con la(s) norma(s), donde aquellos valores recogidos por los miembros de una sociedad (la vida, la salud, la propiedad, por ejemplo) adquieren un valor como *relaciones sociales concretas*; es decir, la vida, por ejemplo, adquiere no sólo un valor biológico, entendido individualmente, sino que es entendida como un presupuesto de toda relación social, de la vida en comunidad. Es así como, según Binding, el bien jurídico es “*todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas.*”¹²⁹

Por su parte, para Jakobs, el bien jurídico se traduce en la *validez* de la norma, en donde su ataque no es la causación de un determinado resultado (por ejemplo, una muerte), sino más bien la “*significación del comportamiento como negación de la significación de la norma*”¹³⁰, presentándonos una teoría estrictamente normativa, también denominada como “teoría de la validez de la norma”¹³¹. Según el autor, el derecho penal no protegería determinados valores o bienes sociales, sino que éste “*garantiza la vigencia de la norma y las normas garantizan a su vez la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol.*”¹³²

¹²⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 65.

¹²⁸ BUSTOS R., ob. cit., p. 46.

¹²⁹ BUSTOS R., ob. cit., p. 47.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 47.

¹³¹ Sobre la teoría de Jakobs, véase JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

¹³² HORMAZÁBAL M., ob. cit., pp. 124-125.

De este modo, bajo la teoría estudiada, la sociedad se nos presenta como un sistema cerrado, el cual “*obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político criminales, y por otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella*”¹³³, impidiendo este hermetismo una simbiosis entre el sistema jurídico y el resto de los subsistemas sociales¹³⁴.

ii. Concepción material del bien jurídico: hacia un sistema teleológico garantista¹³⁵

La teoría del delito puede ser entendida como una “*construcción metodológica que interpreta hechos humanos atribuyéndoles a los mismos un sentido concreto, siendo claro que la misma tiene que servirse de valores que le sean útiles para la atribución de sentido al hecho analizado*”¹³⁶. El “hecho” no sufre cambios; sin embargo su dimensión comunicativa sí, lo que se traduce en que la potencia delictiva de un determinado hecho sea dinámica y dependiente de los valores y anhelos que una determinada comunidad pretenda privilegiar en un determinado espacio de tiempo, resultando fundamental el “*racionalizar la intervención del derecho penal con base en un sistema que se preocupe por detectar cuáles son los valores que imprimen sentido a cada categoría y qué finalidades persiguen los mismos.*”¹³⁷ De este modo, y de manera opuesta a lo planteado por Jakobs, una teoría del delito que se erige a partir de un concepto material de bien jurídico nos permite “*fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no sobre la mera desobediencia de la norma.*”¹³⁸

Dicho lo anterior, el sistema bajo el cual se construye éste debe ser abierto a consideraciones axiológicas. En este sentido, Schünemann establece que “[e]n lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un “sistema abierto”, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que favorezca o, al menos, se adapte a él”¹³⁹. De este modo, esto permitiría superar el inmovilismo lógico-formal que caracteriza a las teorías inmanentes jurídico-

¹³³ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1972, p. 35.

¹³⁴ HENAO C., ob. cit., p. 509.

¹³⁵ La presente denominación es adoptada por HENAO C., ob. cit., p. 511.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ HORMAZÁBAL M., ob. cit., p. 126.

¹³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En: El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin. Barcelona: Editorial Tecnos, 1991, pp. 35-36.

positivas, permitiendo su sustitución por *“un sistema permeable a las valoraciones, resolviendo con dinamismo las necesidades del individuo en sociedad.”*¹⁴⁰

Dicho lo anterior, resulta imprescindible identificar aquellos principios y valores rectores que orientarán las finalidades político-criminales de un determinado sistema penal; en este sentido, acertadamente señala Roxin: *“los conceptos jurídicos de la parte general tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su concepción sistémica tiene que originarse en criterios directrices político criminales”*¹⁴¹. Es así como compartimos el funcionalismo valorativo promovido por Roxin, quien ve al Derecho Penal *“como una estructura donde los actores se proponen fines acordes con un sistema compartido de valores y normas.”*¹⁴²

Por lo tanto, ¿qué principios y valores deben orientar las finalidades político-criminales de un determinado sistema, de un determinado bien jurídico? A la luz de la construcción dogmática recién expuesta, para que un bien jurídico resulte legitimado y, consecuentemente, vinculante político-criminalmente, éste deberá tener al individuo como criterio teleológico, disminuyendo *“los obstáculos más graves para el libre desarrollo del individuo en sociedad.”*¹⁴³

En concordancia con lo desarrollado, entendemos por “bien jurídico” aquella entidad que desempeña *“una función de garantía de carácter cognoscitivo, dirigida a salvaguardar todos aquellos valores o intereses que protegen las relaciones sociales esenciales en un momento histórico determinado, que sirven al desarrollo del individuo dentro de un sistema democrático, institución que por su función debe ser dinámica para poder afrontar de forma idónea los obstáculos que ofrecen las nuevas realidades dentro de una sociedad del riesgo”*¹⁴⁴. En resumen, en palabras de Bustos Ramírez, el bien jurídico debe expresar una *“síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”*¹⁴⁵, convirtiéndose en un concepto *“final, político jurídico (penal y criminal) porque expresa la lucha por la democracia y, por tanto, la lucha por un sistema jurídico-penal democrático.”*¹⁴⁶

¹⁴⁰ HENAO C., ob. cit., p. 512.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: Elementos del delito en base a la política criminal*. Traducido por: Juan Bustos R. y Hernán Hormazábal M. Barcelona: Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1992, p. 42.

¹⁴² HENAO C. Ob. cit., p. 514

¹⁴³ Ibid., p. 517.

¹⁴⁴ HENAO C., ob. cit., p. 519.

¹⁴⁵ BUSTOS R., ob. cit., p. 55.

¹⁴⁶ Ídem.

Dicho lo anterior, cabe establecer que el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado debe siempre realizarse en armonía con los límites que impone nuestra Constitución, representando esta última la voluntad general de una determinada sociedad, acogiendo objetivos que la convierten en una entidad teleológica-dinámica¹⁴⁷. Es así como la Constitución, más que (pre)establecer los bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos por nuestro ordenamiento jurídico-penal, actúa más bien como un límite negativo a la potestad del legislador de delimitar los intereses y valores dignos de protección penal¹⁴⁸, encontrando dentro de estos límites los principios de lesividad, el principio in dubio pro libertate o el principio de ponderación de daños y ventajas, entre otros.

4.2 Bien Jurídico protegido por los delitos de ofensas al pudor o a las buenas costumbres y abuso sexual

Tal como se estudió a propósito de la teoría del bien jurídico, podemos establecer que toda discusión dogmática exige tomar postura sobre la legitimación material del derecho penal. Habiendo optado por aquella teoría que pone al individuo como orientación teleológica del concepto de bien jurídico, dejando de lado concepciones herméticas, como la entregada por las teorías normativistas, debemos preguntarnos por los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales bajo los cuales los actos de acoso sexual callejero podrían resultar punibles, analizando el bien jurídico protegido por el delito-falta de ofensas al pudor y el delito de abuso sexual.

a) Delito-falta de ofensas al pudor

El bien jurídico protegido por el delito-falta de ofensas al pudor o a las buenas costumbres, tal como lo dice su denominación, sería el *pudor o las buenas costumbres*.

A pesar de que nuestro sistema de delitos sexuales ha evolucionado a través de una serie de modificaciones, principalmente luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.617 de 1999 que introdujo una serie de modificaciones a nuestro derecho penal sexual, aún persiste una visión marcadamente ética, la cual se ve reflejada en conceptos como el *pudor, orden de*

¹⁴⁷ HENAO C., ob cit., p. 522.

¹⁴⁸ Así, esta función limitadora no puede convertirse en “una barrera infranqueable para la progresiva democratización de la intervención punitiva del Estado. Por el contrario, el Estado vive una constante confrontación dialéctica con las necesidades que exige la sociedad y el individuo y la regulación positiva que poseen para afrontarlas. Diálogo que es útil para conocer la correcta o incorrecta implementación de la política criminal acogida; es por esto que la función punitiva desborda el marco establecido por la Carta Fundamental, rechazando una concepción formalista de derecho, para acoger una concepción material de bien jurídico”. HENAO C., ob. cit., p. 524.

las familias, y las buenas costumbres¹⁴⁹. Es así como los delitos sexuales en el Código Penal chileno – tanto su contenido como su estructuración – responden a un modelo en donde aún persisten resabios de un *modelo de teología moral escolástica*¹⁵⁰.

Respecto al concepto de *pudor*, a pesar de no existir un criterio unívoco para su definición, existiría consenso en dos cuestiones: que éste responde a *connotaciones esencialmente éticas*, de raigambre religiosa, y cómo éste sería un sentimiento de “*carácter estrictamente personal*”¹⁵¹, por lo que éste variaría de un individuo a otro, cuestión que dificulta en exceso definir su contenido. En este sentido, Manzanti define el pudor como “*un sentimiento de reserva en las ideas y actos que aluden al ejercicio de la sexualidad y que se ve afectado tanto en los casos en que otra persona ve las partes del cuerpo que alguien desea sustraer de la vista o sus actos sexuales privados, como cuando alguien contra su voluntad es compelido o forzado a ver actos de naturaleza sexual o partes del cuerpo de una persona.*”¹⁵²

Respecto a las buenas costumbres, Maggiore conceptualiza éstas como “*aquella parte de la moralidad pública que se refiere – como criterio de apreciación – a las relaciones sexuales*”¹⁵³, encontrándonos frente a un sentir *colectivo*, es decir, frente a *hechos o situaciones con un carácter social o colectivo*¹⁵⁴.

Sin perjuicio de las definiciones antedichas, la indeterminación del delito-falta de ofensas al pudor resulta paradigmática, en donde los conceptos normativos de “buenas costumbres”, “pudor”, “hechos de grave escándalo”, “trascendencia” tienen “*un contenido totalmente intercambiable. [Éstos] se construyen en base a valores ideales o normas de conducta, sentimientos sociales. No se sabe qué bien jurídico protegen, ni tampoco si son delitos de lesión material o ideal, de mera actividad, de peligro de resultado.*”¹⁵⁵

Dicho lo anterior ¿puede ser el *pudor* un sentimiento o un valor susceptible de ser elevado a la categoría de bien jurídico?

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 136.

¹⁵⁰ Véase BASCUÑÁN R., Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. Valdivia: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 1997, pp. 73-94.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 138.

¹⁵² MAZZANTI, Manlio. *L'osceno e il diritto penale*. Milán: Editorial Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 33.

¹⁵³ MAGGIORE, Guisepe. *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV*. Traducción de José Ortega Torres. Bogotá: Editorial Temis, 1950, p. 49.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 140.

¹⁵⁵ OXMAN V., Nicolás. *¿Qué es la Integridad sexual?* Iquique: Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, 2008, n° 8, p. 44.

Tal como se expuso anteriormente, compartimos aquella posición que responde a la pregunta por la legitimación material del Derecho Penal relativa a la protección de bienes jurídicos, también conocida como “teoría material del bien jurídico”. Vimos también que éste debía ser entendido como un valor o interés susceptible de ser reconducido a un derecho constitucionalmente reconocible, siendo éste “*expresión de la vigencia de una sociedad democrática en constante evolución.*”¹⁵⁶ El control social ejercido por el Derecho Penal es producto de una “*decisión racional que apela a una identidad colectiva en constante dinamismo*”¹⁵⁷; así, la sociedad examina constantemente los contenidos normativos de los tipos penales.

Dicho lo anterior, ¿se corresponden los valores o intereses del pudor o las buenas costumbres a los cambios experimentados en los usos y costumbres de nuestra sociedad? La postura adoptada en el presente trabajo, esto es, el cómo la Constitución debe actuar como un límite negativo a la potestad del legislador relativa a seleccionar los valores susceptibles de elevarlos a la calidad de bien jurídico, debiendo respetar una serie de principios, nos obliga a responder de manera negativa a la presente interrogante: el pudor o las buenas costumbres no son cuestiones susceptibles de ser reconducidas bajo la noción de bien jurídico.

En un mismo sentido, Oxman Vilches establece cómo lo anterior “*nos obliga a la deslegitimación del uso del Derecho Penal como valor promocional de costumbres sociales en el ámbito sexual, es decir, la utilización de la ley penal como prescripción de un determinado Código ético o moral.*”¹⁵⁸ En adición a lo anterior, la total falta de riqueza conceptual de estos valores abre la puerta a interpretaciones antojadizas del delito-falta de ofensas al pudor, lo cual no sólo contradice el principio de lesividad¹⁵⁹, sino que también la seguridad jurídica y el carácter subsidiario del Derecho Penal¹⁶⁰.

Por su parte, Rodríguez Collao establece como exigencia mínima de nuestras normas constitucionales, en lo relativo a los fundamentos y regulación de delitos de significación sexual, el que las conductas delictivas “*se orienten a la protección de un interés personal y,*

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 41.

¹⁵⁷ OXMAN V., *ob. cit.*, p. 41.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 44.

¹⁵⁹ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional: “*El principio de lesividad, como limitador del ius puniendi, ordena que la sanción penal se restrinja a hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Este principio impide al legislador el establecimiento de tipos penales que no protejan un bien jurídico, o que castiguen conductas que no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos reales.*” Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N° 2953, 04.10.16.

¹⁶⁰ OXMAN V., *ob. cit.*, p. 44.

además, que el Estado no ejerza la potestad punitiva con el único propósito de salvaguardar un interés moral o ideológico.”¹⁶¹ De este modo, las legislaciones no pueden asumir la protección de un determinado valor por el “solo hecho de ser representativo del esquema moral imperante en la sociedad” debiendo existir a lo menos una persona susceptible de ser “efectiva o potencialmente lesionada por la conducta que se pretende prohibir.”¹⁶²

b) Delito de abuso sexual

La pregunta relativa al bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual contenido en los arts. 365 bis y ss. del Código Penal no encuentra una respuesta única, existiendo principalmente dos posturas en la actualidad: por un lado, un sector de nuestra doctrina realiza una distinción entre aquellos abusos realizados en contra de menores y mayores de edad, en donde en el primer caso, estaríamos frente a una vulneración de la indemnidad o integridad sexual del menor; respecto a aquellas personas mayores de edad, nos encontraríamos frente a una vulneración de la libertad sexual.

Por otro lado, existen autores que prescinden de dicha distinción etaria, optando por una protección uniforme de la indemnidad o integridad sexual, como lo es el caso de Rodríguez Collao, o de la libertad sexual, posición defendida por Oxman Vilches, debiendo este último valor permear nuestro derecho penal sexual.

i. Indemnidad o integridad sexual¹⁶³

El principal defensor de la indemnidad (o integridad) sexual como bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual realizado en contra de tanto menores como mayores de edad es Rodríguez Collao¹⁶⁴. De este modo, el autor define la indemnidad sexual, en un sentido restringido, como la “*garantía de no sufrir daños, es decir, de no experimentar acciones perturbadoras de la “salud sexual”*”¹⁶⁵; en un sentido amplio, ésta haría alusión “*al derecho a no ser invadido en “una determinada parcela psicosocial, como es la de la sexualidad humana, que el Estado deberá preservar de vulneraciones ilegítimas.*”¹⁶⁶

De este modo, el autor niega la viabilidad de orientar nuestro derecho penal sexual en torno al valor o interés de la libertad sexual, ya que ésta “*sólo podría tener lugar en aquellos casos*

¹⁶¹ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 172.

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 172-173.

¹⁶³ Para efectos de este trabajo, los conceptos de indemnidad, integridad o incolumidad sexual se utilizarán de manera indistinta

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ C., ob. cit., pp. 174-177.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 177.

¹⁶⁶ *Ídem.*

en que el autor pasa por alto una manifestación de voluntad contraria a la realización de la actividad sexual o bien aprovecha las facilidades que para su ejecución le brinda alguna circunstancia que limita el ejercicio de la facultad volitiva¹⁶⁷. Así, para Rodríguez Collao, un ataque contra la indemnidad o intangibilidad sexual no supondría necesariamente una transgresión hacia la voluntad de la víctima, sino más bien, hacia la integridad física y moral del individuo¹⁶⁸.

Asimismo, respecto a la asimilación de dichos valores intereses a un determinado segmento etario, como lo serían los menores de edad, el autor enfatiza que el daño psíquico y emocional que un individuo sufre como consecuencia de un acto o conducta sexual abusiva no distingue por condición etaria, por lo que la indemnidad o integridad sexual serían bienes jurídicos de los cuales portan tanto menores como mayores de edad.

ii. Libertad sexual

Politoff, Matus y Ramírez definen la libertad sexual como *“la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro”*¹⁶⁹, bien jurídico vulnerado por actos constitutivos de abuso sexual cuando éstos son realizados en contra de personas mayores de edad; sin embargo, dicha definición pareciera entregarnos un concepto muy general.

Por su parte, Orts Berenguer nos entrega una conceptualización más profunda de dicho valor o interés, caracterizando su dimensión positiva como la *“facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad; es decir, en el ámbito de la actividad relacionada con el impulso venéreo y su satisfacción”*¹⁷⁰. Respecto a su dimensión negativa, la libertad sexual se caracterizaría por el hecho de que *“nadie se vea involucrado en un ejercicio de sexualidad no deseado o no aceptado libremente o aceptado con la voluntad viciada, en el que su cuerpo, o una parte de él, o su presencia sean utilizados por otro”*¹⁷¹.

En un sentido similar, Oxman Vilches conceptualiza esta faz negativa de la libertad sexual como *“el derecho a repeler comportamientos sexuales impuestos en contra de su consentimiento, por parte de otro sujeto. De esta forma, la libertad sexual es un contenido*

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 175.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 151.

¹⁶⁹ POLITOFF, Sergio et. al., ob. cit., p. 246.

¹⁷⁰ ORTS BERENGUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1995, pp. 25-26.

¹⁷¹ *Ídem.*

específico de la libertad, es decir, se presenta como la autodeterminación voluntaria en la esfera de la sexualidad."¹⁷²

4.3 La libertad sexual y el ASC

¿Qué valores o intereses se ven vulnerados cuando actos de acoso sexual callejero son realizados en contra de un individuo? ¿Nos encontramos acaso frente a una vulneración del pudor o las buenas costumbres? ¿O, por el contrario, estamos frente a una práctica que vulnera la libertad de autodeterminación sexual de las personas?

Tal como se señaló a propósito del bien jurídico protegido por el delito-falta de ofensas al pudor, los valores o intereses que representan los conceptos de "pudor" o "buenas costumbres" no se condicen con aquellos valores susceptibles de ser consagrados como bienes jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico-penal; en efecto, dichos intereses representan una instrumentalización de nuestro Derecho Penal para imponer un determinado código ético o moral en la sociedad. Es así como el consagrar tipos penales que tengan como propósito exclusivo el salvaguardar el pudor (tanto en su dimensión individual como colectiva), la moralidad pública o las buenas costumbres no se condicen con una serie de principios que deben permear nuestro ordenamiento jurídico-penal, como lo es, por ejemplo, el principio de lesividad, llegando incluso a materializarse iniciativas en nuestro Congreso que buscan la derogación de dicho tipo penal¹⁷³.

Aún más, el Informe Sombra sobre Violaciones de derechos humanos de las personas lesbianas, bisexuales y transexuales (LBT) presentado al Comité de la CEDAW de las Naciones Unidas establece dentro de sus recomendaciones la eliminación del artículo 373 del Código Penal¹⁷⁴.

Es así como debemos descartar de plano la posibilidad de sancionar los actos constitutivos de acoso sexual callejero bajo el delito-falta de ofensas al pudor contenidos en los arts. 373 y 495 N° 5 del CP. No sólo la conducta típica del art. 373 no se condice con la conducta desplegada en las distintas manifestaciones del ASC, sino que, al mismo tiempo, estas

¹⁷² OXMAN V., ob. cit., p. 50.

¹⁷³ CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que Deroga el Artículo 373 del Código Penal. Boletín N° 5565-07 [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<https://goo.gl/h7Dra1>> [Fecha de consulta: 27.12.2017] Sin embargo, el presente proyecto se encuentra hoy archivado.

¹⁷⁴ Violaciones de derecho humanos de las personas lesbianas, bisexuales y transexuales (LBT): Un informe sombra. Presentado a la Sesión n° 52 de La Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Septiembre, 2012, Chile. Presentado al Comité de la CEDAW de las Naciones Unidas por: Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) y International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC), p. 9.

últimas vulneran bienes jurídicos susceptibles de ser reconducidos a un determinado individuo.

En este sentido, establecemos que el valor o interés vulnerado por los actos de ASC en cualquiera de sus manifestaciones es la libertad de autodeterminación sexual del individuo, entendiendo ésta, a grandes rasgos (y tal como se señaló anteriormente), como la facultad de cada persona a no verse involucrado contra su voluntad en un contexto de significación sexual.

Es así como la vulneración al presente bien jurídico puede variar de acuerdo a la intensidad de su ataque o alguna calidad especial de su víctima (una víctima menor de edad, una víctima mujer, entre otras), encontrando dentro de los actos más lesivos o dañosos aquellos que involucran un contacto corporal con la víctima, cuestión que se analizará a propósito del Proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero (Capítulo 3 del presente trabajo).

Capítulo III. La tipificación del acoso sexual callejero

1. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero.

Durante la última década, Chile ha sido testigo de una creciente visibilización del ASC. Así el presente fenómeno social ha adquirido progresivamente un lugar en la discusión pública, gracias al esfuerzo de una serie de movimientos y organizaciones sociales, donde destaca el trabajo de distintas organizaciones feministas que abogan por la erradicación de las distintas manifestaciones de violencia ejercida en contra de la mujer; en este sentido, resalta el trabajo realizado por el Observatorio contra el Acoso Callejero (OCAC), organización no gubernamental (ONG) sin fines de lucro, fundada en 2013, con el objeto visibilizar el ASC como una forma de violencia de género, en conjunto con la realización de estudios sobre el tema, entre otras cosas.¹⁷⁵

En 2015 ingresó a tramitación a la Cámara de Diputados el “Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero” (en adelante “el Proyecto”) contenido en el Boletín N° 9936-07¹⁷⁶, iniciativa de ley presentada por distintos/as diputados/as¹⁷⁷ de nuestro país. Sin embargo, es en 2011 cuando se presentó la primera iniciativa de ley¹⁷⁸ (Boletín N° 7606-07) sobre el fenómeno social estudiado, teniendo como objeto otorgar una respuesta al acoso sexual callejero; no obstante, éste resulta posteriormente refundido con el Boletín N° 9936-07, ya que ambas iniciativas se encontraban en el primer trámite constitucional y sus ideas matrices presentaban una relación directa entre sí.¹⁷⁹

Una vez refundidos, durante la tramitación del Proyecto se logran evidenciar una serie de interrogantes y posibles obstáculos, en donde destacan el cuestionamiento del uso de la sanción penal para hacer frente al fenómeno del acoso sexual callejero, la ubicación propuesta de los tipos penales contenidos en el proyecto, los elementos objetivos y

¹⁷⁵ Página web OCAC: <www.ocac.cl>

¹⁷⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero, Boletín N° 9936-07 [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=10360&tipodoc=mensa je_mocion> [Fecha de consulta: 20.11.2017]

¹⁷⁷ Moción presentada por las diputadas Camila Vallejo D., Loreto Carvajal A., Yasna Provoste C., Karla Rubilar B., Daniella Cicardini M. Marcela Sabat F. y los diputados Giorgio Jackson D., Vlado Mirosevic V. y Gabriel Boric F.

¹⁷⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que tipifica el delito de acoso sexual en público, Boletín N° 7606-07. [En Línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.<https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8002&prmBoletin=7606-07> [Fecha de consulta: 03.12.2017]

¹⁷⁹ Art. 17A, Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional.< <http://bcn.cl/1v0mk>> [Fecha de consulta: 04.12.2017]

subjetivos típicos, la sanción propuesta, entre otras materias que serán analizadas en el presente Capítulo.

Asimismo, en enero de 2017 ingresó a tramitación el “Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia” (iniciado en Mensaje N° 307-364)¹⁸⁰, el cual busca, entre otras cosas, hacer frente a las lagunas de punibilidad existentes respecto de los delitos de abuso sexual cometidos en contra de mayores de 14, en caso de no concurrir alguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 y 363 del Código Penal, en conjunto con la inclusión de una nueva falta de acoso sexual sin contacto corporal en el Código Penal, a través de un futuro artículo 494 ter; de este modo, en el presente Capítulo se realizará un somero estudio respecto a aquellas conductas que ambos proyectos buscan sancionar: el acoso sexual sin contacto corporal y aquellas conductas de connotación sexual que involucran contacto corporal que, al no ser posible su subsunción bajo el delito de abuso sexual, no resultan punibles bajo nuestro derecho penal sexual.

1.1 El mensaje

El Proyecto presentado en 2015 establece como principal propósito *“contribuir a erradicar las prácticas de acoso sexual callejero que experimentan, mujeres, hombres, niñas y niños en Chile.”*¹⁸¹ Asimismo, se busca un reconocimiento por parte del Estado del ASC como manifestación de violencia, debiendo este último *“tomar las medidas necesarias para combatirlo y educar a la población para que la sociedad rechace este tipo de conductas.”*¹⁸²

Además, el Proyecto identifica como principales víctimas de esta manifestación de violencia a las mujeres, adolescentes y niñas, buscando a través de la presente iniciativa alcanzar una mayor igualdad en los espacios públicos para grupos vulnerables, haciendo especial énfasis en los niños y niñas¹⁸³.

En cuanto a los principales fundamentos de esta ley, se establece la *“gran cantidad de población que sufre acoso sexual callejero”*¹⁸⁴ en adición a la insuficiencia de la legislación actual para hacer frente a este fenómeno social. En efecto, se cataloga como *“un error de*

¹⁸⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Boletín N° 11077-07. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBoletin=11077-07>. [Fecha de consulta: 03.11.2017].

¹⁸¹ Boletín N° 9936-07, p. 1.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Ídem.

conceptos” el identificar los actos constitutivos de acoso sexual callejero con el delito-falta de ofensas al pudor o a las buenas costumbres¹⁸⁵; así, se establecen como bienes jurídicos a proteger por el presente proyecto la libertad e indemnidad sexual¹⁸⁶. Asimismo, en base a los requisitos objetivos del delito de abuso sexual contemplado en el artículo 366 y siguientes del Código Penal, se descarta la posibilidad de subsumir los actos constitutivos de acoso sexual callejero bajo este delito, ya que a pesar ser actos de *relevancia y connotación sexual* éstos no implican necesariamente un *contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima*¹⁸⁷.

1.2 El delito-falta de ASC propuesto

El Proyecto pretendía incorporar mediante un artículo único, un futuro párrafo 11 al final del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, título donde podemos encontrar los delitos sexuales; es decir, el delito y falta de acoso sexual callejero se ubicarían luego de aquel párrafo que se refiere a la celebración de matrimonios ilegales (párrafo diez).

El proyecto presentado en 2015 incluye una serie de definiciones en un nuevo artículo 389 bis¹⁸⁸, conceptualizando el acoso sexual callejero mediante los siguientes requisitos: i. Acto de naturaleza o connotación sexual; ii. Ocurrido en lugares o espacios públicos o de acceso público; iii. En contra de una persona que no desea y/o rechaza la conducta; iv. Afectando la dignidad y/o derechos fundamentales de la víctima.

Respecto a las conductas sancionadas, se propone la inclusión de un delito y falta de acoso sexual callejero; respecto a esta última, se incluyen sanciones pecuniarias con multas que varían de media a 15 UTM¹⁸⁹; dentro de estas últimas, podemos encontrar las siguientes conductas:

¹⁸⁵ *Ibíd.* p. 4.

¹⁸⁶ *Ídem.*

¹⁸⁷ *Ídem.*

¹⁸⁸ El art. 389 bis propuesto no sólo se define el acoso sexual callejero, sino que también los conceptos de *acosador/a* y *acosado/a*:

“Artículo 389 bis. – Para efectos de lo dispuesto en el presente párrafo, se entenderá por:

1° Acoso sexual Callejero: Todo acto de naturaleza o connotación sexual, cometido en contra de una persona en lugares o espacios públicos, o de acceso público, sin que mantengan el acosador y la acosada relación entre sí, sin que medie consentimiento de la víctima y que produzca en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación, o un ambiente ofensivo en los espacios públicos.

2° Acosador/a: Toda persona que realice un acto o actos de acoso sexual callejero en los términos señalados en el presente párrafo.

3° Acosada/o: Toda persona víctima de un acto o actos de acoso sexual callejero en los términos señalados en el presente párrafo.”

¹⁸⁹ Artículos 389 ter, quáter y quinquies, Proyecto de Ley.

- Acoso sexual callejero consistente en actos verbales y no verbales;
- Acoso sexual callejero consistente en captación de imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él;
- Acoso sexual callejero consistente en actos como abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, persecución a pie o en medios de transporte.

Por su parte, el delito de acoso sexual callejero¹⁹⁰ sanciona aquellos actos que involucren el *contacto físico de carácter sexual*, estableciendo una sanción de presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de poder aumentarse en un grado la pena¹⁹¹ mediando ciertas circunstancias que se analizarán posteriormente.

Por último, cabe recalcar el enfoque preventivo que se pretende plasmar en el presente proyecto, a través del establecimiento de la facultad con que contarían los tribunales para decretar la medida alternativa de asistir a sesiones de un programa de sensibilización y concientización sobre el acoso sexual callejero¹⁹².

a) Ubicación

Tal como se estableció anteriormente, el Proyecto de ley contemplaba la inclusión de un nuevo párrafo relativo al delito de acoso sexual callejero, ubicado en el último párrafo dentro del Título VII del Libro II, referente a delitos sexuales, no sólo incluyendo dentro de éste el delito de acoso sexual callejero propiamente tal, sino que también las faltas constitutivas de acoso sexual callejero.

La elección de dicha ubicación cuenta con una serie de reparos, en donde podemos resaltar principalmente dos: por una parte, la imposibilidad de aplicar las disposiciones comunes relativas a los delitos sexuales (párrafo 7), ya que las nuevas disposiciones estarían contenidas en el último párrafo del Título VII, imposibilitando su aplicación al nuevo delito de acoso sexual callejero propuesto.

Por otra parte, nuestro Código Penal dedica un Libro distinto (Libro III) para la tipificación y regulación de las faltas, por lo que no resulta coherente que éstas no estén ubicadas en este último.

¹⁹⁰ Artículo 389 sexies, ibíd.

¹⁹¹ Artículo 389 octies, ibíd.

¹⁹² Artículo 389 septies, ibíd.

b) Bien jurídico protegido

Tal como se establece en el mensaje del Proyecto, y a partir de las conductas típicas contenidas en los artículos propuestos, se puede colegir que el bien jurídico protegido por los tipos penales de acoso sexual callejero es la libertad e indemnidad sexual. Sin embargo, tal como se abordó en el Capítulo 2, no pareciera ser del todo correcto incluir conjuntamente la libertad e la indemnidad sexual, a través de una categorización artificiosa en base a un criterio etario como lo es la minoría de edad¹⁹³. Así, el bien jurídico protegido por los tipos penales de acoso sexual callejero debiese ser únicamente la libertad de autodeterminación sexual de los individuos, sin hacer distinción entre menores y mayores de edad.

c) El delito de ASC

Una de las principales novedades que incluye el Proyecto es la inclusión de un nuevo delito de acoso sexual callejero (art. 389 sexies), buscando solucionar la actual laguna de punibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto a aquellos actos de connotación sexual que involucran contacto corporal con la víctima, que, sin embargo, no cumplen con los requisitos típicos del delito de abuso sexual contenido en el art. 366 y siguientes del Código Penal.

“Artículo 389 sexies.- El que cometiere acoso sexual callejero consistente en un acto que involucre el contacto corporal de carácter sexual, como tocaciones indebidas, roces o presión de genitales contra el cuerpo de otra persona, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo.”

De este modo, la conducta típica propuesta en el Proyecto consistiría en la realización de actos que involucren “contacto corporal de carácter sexual”, ejemplificando éste con actos como “tocaciones indebidas”, “roces” o “presión de genitales” contra el cuerpo de otra persona. Así, el delito de ASC propuesto sanciona aquellas conductas que involucren contacto corporal de carácter sexual que, sin embargo, como se expuso en el Capítulo 2, no cumplen con los requisitos típicos del art. 366 ter CP.

En lo que toca a la sanción, el proyecto sanciona la presente conducta con presidio menor en su grado mínimo.

¹⁹³ Véase OXMAN V., ob. cit.

d) La falta de ASC

Respecto a los actos de ASC de menor gravedad, el proyecto contempla una serie de faltas (arts. 389 ter, quáter y quinquies) que buscan sancionar conductas consistentes en actos verbales como no verbales; actos consistentes en la captación de imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él; y, por último, actos consistentes en conductas físicas que no involucren un contacto corporal con la víctima, como actos de exhibicionismo o masturbación.

La sanción para las conductas tipificadas como faltas de acoso sexual callejero varía dentro de un rango de media a 20 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), dependiendo de la gravedad de la conducta realizada.

i. Artículo 389 ter

“Artículo 389 ter.- El que cometiere acoso sexual callejero consistente en actos no verbales como gestos obscenos, jadeos y cualquier sonido gutural de carácter sexual, así como también el que pronunciare palabras, comentarios, insinuaciones o expresiones verbales de tipo sexual alusivas al cuerpo, al acto sexual, o que resulten humillantes, hostiles u ofensivas hacia otra persona, será sancionado con una multa de media Unidad Tributaria Mensual. Sin perjuicio de lo anterior, la multa podrá ser sustituida por las disculpas públicas que ofrezca el acosador/a a la acosada/o.”

La conducta típica contenida el artículo 389 ter propuesta consiste en “cometer” acoso sexual callejero mediante actos verbales como no verbales. Respecto a los actos verbales, se incluyen una serie de sustantivos para ejemplificar estos actos (“palabras”, “insinuaciones”, “expresiones”). Por otra parte, los actos no verbales son ejemplificados a través de “gestos obscenos”, “jadeos” o sonidos guturales de carácter sexual.

El artículo 389 ter prevé la posibilidad de sustituir la multa de media UTM para dichos actos por disculpas públicas que ofrezca el acosador(a) a la/el acosada(o). De este modo, estaríamos frente a una especie de pena sustitutiva de la multa, operando de manera análoga a otras penas sustitutivas que contempla nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Sin embargo, estas “disculpas públicas” también podrían considerarse como condición de una eventual salida alternativa, conforme a las reglas

generales de nuestro Código Procesal Penal, lo que implicaría situarse en una fase previa al juicio y eventual condena.

ii. Artículo 389 quáter

“Artículo 389 quáter.- El que cometiere acoso sexual callejero consistente en la captación de imágenes, vídeos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él, sin su consentimiento y mediando connotación sexual, será sancionado con una multa de 5 a 10 Unidades Tributarias Mensuales.”

La conducta típica sancionada por el artículo 389 quáter se refiere a actos de acoso sexual callejero consistentes en la captación de imágenes, vídeos o de cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él, sin que medie consentimiento por parte de la víctima. De este modo, el proyecto en estudio propone en un comienzo una falta similar al delito contenido en el artículo 161-A del Código Penal, en donde, sin embargo, el contexto situacional de la falta propuesta se refiere al espacio público, en adición a la exigencia de un requisito adicional, esto es, que medie connotación sexual, cuestión que se analizará posteriormente a propósito del Proyecto de ley, luego de cumplir con el primer trámite constitucional en nuestro Congreso Nacional.

La sanción para quién cometa la conducta típica propuesta es una multa de 5 a 10 UTM.

iii. Artículo 389 quinquies

“Artículo 389 quinquies.- El que cometiere acoso sexual callejero consistente en actos como, abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, persecución a pie o en medios de transporte, será sancionado con multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales a 20 Unidades Tributarias Mensuales.”

Por último, la falta contenida en el art. 389 quinquies propuesto busca sancionar el acoso sexual callejero consistente en actos de carácter físico, que no involucren contacto corporal con la víctima, como lo son los actos de exhibicionismo, masturbación y los abordajes intimidantes. De este modo, como se analizará más adelante, lo que se pretende con la presente falta es sancionar aquellas conductas que vulneren la libertad de autodeterminación sexual que no impliquen necesariamente un contacto corporal con la víctima, en contraposición a los bienes jurídicos que pretendería proteger el actual delito-falta de ofensas al pudor o a las buenas costumbres contenido en los arts. 373 y 495 N° 5 CP (el pudor o las buenas costumbres).

La sanción contenida en el presente artículo consiste en una multa de 10 a 20 UTM.

iv. La “medida alternativa” del artículo 389 septies

“Artículo 389 septies: [s]in perjuicio de lo anterior, el tribunal estará facultado en todos los delitos descritos por este párrafo, para decretar la medida alternativa de asistir a un mínimo de cinco sesiones de un programa de sensibilización y concientización sobre el acoso sexual callejero”.

Primero que nada, tal como está redactada la presente disposición, no queda clara su naturaleza y alcance: ¿qué podemos entender por “*medida alternativa*”? ¿Nos encontramos frente a una pena sustitutiva? De ser así, no resultaría del todo lógico que tanto la sanción asociada al artículo 389 ter (multa de media UTM) como aquella asociada al artículo 389 sexies (presidio menor en su grado mínimo), sanciones del todo dispares, puedan ser igualmente sustituidas por un “programa de concientización”.

v. Agravante artículo 389 octies

“Artículo 389 octies: [l]a pena será aumentada en un grado si se cometiere el delito descrito en el artículo 389 sexies, mediando las siguientes circunstancias: Cometer el delito en contra de menores de edad, adultos mayores, personas discapacitadas, personas cuya movilidad se encuentre reducida y aquellas que se encuentren en estado de intoxicación temporal, cometer el delito en compañía de otras personas o con pluralidad de participantes.”

Respecto a la comisión de conductas de acoso sexual callejero consistentes en actos que involucren contacto corporal de carácter sexual, las circunstancias señaladas en el artículo propuesto modifican a priori el marco penal aplicable, es decir, previo a la aplicación de las reglas contenidas en el párrafo 4, Título III del Libro I del Código Penal, aumentándolo en un grado (presidio menor en su grado medio).

Respecto a las circunstancias relacionadas con una calidad especial de la víctima, estas son, la minoría de edad, ser un adulto mayor, discapacidad o personas cuya movilidad se encuentre reducida y aquellas que se encuentran en estado de intoxicación temporal, más que una serie de agravantes, nos encontramos frente a un tipo penal de acoso sexual callejero distinto, como ocurre, por ejemplo la denominada violación *impropia* contenida en el artículo 362 CP o el abuso sexual *agravado* del artículo 365 bis CP. Así, respecto a las circunstancias enunciadas en este párrafo, nos encontraríamos frente a un delito de acoso sexual callejero *agravado*.

1.3 Tramitación del Proyecto de Ley

Para efectos del presente trabajo, en lo que respecta al primer trámite constitucional, se estudiarán los hitos de tramitación correspondientes al ingreso del proyecto, la cuenta oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema y el primer informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana; por su parte, respecto al segundo trámite constitucional, se explicará la etapa de tramitación en la que se encuentra el Proyecto.

a) Ingreso del proyecto

El proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero contenido en el Boletín N° 9936-07, ingresa a tramitación por moción de los/as diputados/as Karol Cariola, Loreto Carvajal, Daniela Cicardini, Yasna Provoste, Karla Rubilar, Marcela Sabat, Camila Vallejo, Gabriel Boric, Giorgio Jackson y Vlado Mirosevic el día 17 de marzo de 2015.

b) Oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema

Luego de dar cuenta del proyecto en la Cámara de Diputados en marzo de 2015¹⁹⁴, en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestra Constitución y el artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional de Congreso Nacional, se remite el Proyecto de ley a la Corte Suprema. Sin perjuicio de acordar la improcedencia de emitir pronunciamiento por parte de este tribunal –al no tener el proyecto relación con la *organización y atribuciones de los tribunales*– un grupo de ministros de dicho tribunal decide informar de todas formas el Proyecto en tramitación, en base al “*reproche jurídico y social que la iniciativa legal intenta relevar.*”¹⁹⁵

En primer lugar, el proyecto “*se aprecia positivamente*” por parte de los/as ministros respectivos, visto a cómo la iniciativa “*apunta a reconocer en este tipo de conductas situaciones de violencia contra la mujer- principal víctima- que afectan su dignidad como persona y lesionan derechos fundamentales.*”¹⁹⁶

En lo que toca al análisis de los tipos penales propuestos, respecto a la posibilidad del juez de sustituir la sanción de multa por disculpas públicas del acosador (art. 389 ter), se aconseja regular el cumplimiento de la presente medida, cuándo se entiende cumplida la

¹⁹⁴CÁMARA DE DIPUTADOS. Legislatura 363, Sesión 4ta, 18 de marzo de 2015, pp. 90-94.

¹⁹⁵CÁMARA DE DIPUTADOS. Oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema, sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero, Boletín N° 9936-07, p. 4.

¹⁹⁶ídem.

pena, y los efectos en caso de incumplimiento, en miras de que el conocimiento y fallo se sujetará a las normas del procedimiento monitorio¹⁹⁷.

Respecto a la “medida alternativa” descrita en el art. 389 septies, se identifica como primer problema la falta de claridad de la naturaleza y alcance de la medida, al no existir claridad respecto a si estamos frente a una pena sustitutiva o, por otra parte, frente a una medida accesoria susceptible de imponerse adicionalmente a la sanción principal¹⁹⁸. Asimismo, se recomienda hacer referencia a la voluntad del condenado a llevar a cabo el programa propuesto, en conjunto con los efectos que traerá aparejado el incumplimiento de dicha medida¹⁹⁹. Por último, se señala que la descripción de la medida propuesta no satisfaría las exigencias del principio de legalidad, al no “*establecer claramente (...) la sanción que corresponde imponer*”, debiendo no solo establecer la sesiones mínimas de asistencia al programa, sino también las máximas y el plazo máximo de duración de la medida²⁰⁰.

En lo que toca al art. 389 octies, el cual contendría una agravante del delito descrito en el art. 389 sexies, se establece que respecto a aquellas circunstancias relativas a la comisión del delito en contra de un sujeto pasivo vulnerable, como lo son la minoría de edad, la discapacidad o la intoxicación temporal, por ejemplo, más que agravar el delito, corresponderían a un tipo penal diferente²⁰¹. Respecto a la circunstancia de “*cometer el delito en compañía de otras personas o con pluralidad de participantes*”, se señala que si bien no existe una circunstancia agravante genérica similar en el art. 12 CP, el art. 368 bis contenido en párrafo séptimo del Título VII, relativo a las disposiciones comunes a los delitos sexuales, sí contemplaría como agravante una circunstancia análoga a la propuesta en el art. 389 septies²⁰².

En cuanto a observaciones más generales sobre el proyecto se señalan, entre otras cosas, “*la necesidad de verificar si para alcanzar los objetivos declarados en el proyecto es indispensable introducir la figura en el Código Penal*”²⁰³, tomando especial consideración respecto al ASC consistente en actos no verbales sancionado por el art. 389 ter; asimismo, se cuestiona la ubicación propuesta, considerando que algunos de los tipos propuestos

¹⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 6-7.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 7-8.

¹⁹⁹ *Ídem.*

²⁰⁰ *Ídem.*

²⁰¹ *Ibíd.*, pp. 8-9.

²⁰² Este es el caso de la agravante contenida en el n° 2 del art. 368 bis CP: ser dos o más los autores del delito.

²⁰³ Oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema, p. 9.

constituyen faltas, debiendo ubicarse en el Libro III (en vez del Libro II)²⁰⁴. Respecto a la delimitación de las conductas que busca sancionar el proyecto, se advierte una *“eventual superposición de los ámbitos típicos del artículo 389 sexies, en caso que el o la ofendido(a) fuere menor de 14 años, y la contemplada en el artículo 389 quinquies, en caso de la conducta de masturbación y siendo el o la ofendido(a) menor de 14 años con la del 366 quáter del citado Código.”*²⁰⁵

c) Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana²⁰⁶

Radicado el proyecto en la Comisión de Seguridad Ciudadana, en virtud con lo prescrito en el art. 17A de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se refunden los proyectos de ley contenidos en los Boletines N°S 9936-07 y 7606-07, por tratarse de proyectos cuyas ideas matrices tienen relación directa entre sí.

d) Discusión General

Durante el análisis del proyecto, asisten a la Comisión distintos actores de la sociedad civil y representantes de distintos organismos públicos²⁰⁷, en donde destaca el apoyo otorgado a la iniciativa, aprobándose la idea de legislar por la unanimidad de las y los diputados y diputadas presentes²⁰⁸.

Respecto a los temas incluidos en el Informe, se incluye en su discusión general, entre otras cosas, un trabajo realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), referido a *“las sanciones de los actos de acoso sexual en espacios públicos, a partir de la legislación comparada”*, incluyendo los países de Perú, Bélgica, Argentina, Paraguay y Uruguay²⁰⁹; en adición a éste, se realiza un sucinto análisis sobre los problemas que genera el acoso sexual

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Ibíd. p. 10

²⁰⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en los Proyectos de Ley refundidos que modifican el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, Boletines N°S 7606-07 y 9936-07. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18406&prmTIPO=INFORMEPLY>> [Fecha de consulta: 22.11.2017]

²⁰⁷ Asisten y colaboran la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), Claudia Pascual Grau; el Auditor General de Carabineros de Chile, Juan Gutiérrez Silva; la Directora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, Patricia Muñoz García; la Profesora de Derecho Penal, María Elena Santibáñez; la Presidenta del Observatorio Contra el Acoso Callejero (OCAC), María Francisca Valenzuela Tapia y la Directora Ejecutiva de OCAC, Bárbara Sepúlveda.

²⁰⁸ Votan a favor las diputadas Karol Cariola y Claudia Nogueira y los diputados Guillermo Ceroni, Juan Antonio Coloma, Daniel Farcas, Gonzalo Fuenzalida, Giorgio Jackson, Jaime Pilowsky, Gabriel Silber, Leonardo Soto, Arturo Squella y Matías Walker.

²⁰⁹ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, pp. 11-23.

callejero, explicando brevemente en qué consisten las conductas tipificadas en el Proyecto de ley en estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, la discusión desarrollada por los/as distintos/as asistentes resulta ser el apartado más relevante del Informe, ya que, al igual que el Oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema, se señalan los principales problemas y/u obstáculos que presenta la tipificación (y consecuente sanción) de las conductas constitutivas de acoso sexual callejero contenidas en el Proyecto.

Para efectos del presente trabajo, se señalarán aquellas prevenciones estrechamente relacionadas con la idoneidad del Derecho Penal para sancionar el acoso sexual callejero, la ubicación sistemática de los tipos propuestos, la conducta típica sancionada (elementos objetivos y subjetivos del tipo), la “medida alternativa” contenida en el art. 389 septies, la agravante del art. 389 octies y la posible superposición de los tipos propuestos con alguno de los delitos contenidos actualmente en nuestro Código Penal.

Por otro lado, cabe señalar el apoyo unánime a la necesidad de regular el fenómeno social en estudio por parte de los y las distintos/as invitados/as a la discusión, encontrando, entre otros, aquel brindado por la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Claudia Pascual Grau, o por el Auditor Institucional General de Carabineros, Juan Gutiérrez, Institución que ha debido lidiar en primera persona con la dificultad (o imposibilidad) de subsumir las conductas de acoso sexual callejero denunciadas bajo alguno de los delitos o faltas contenidos en el Código Penal²¹⁰.

i. Ubicación

En cuanto a la ubicación propuesta, la Directora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, Patricia Muñoz García, señala que ésta “*no sería la más óptima ni lógica*”, en donde, para efectos de coherencia normativa, debiese preferirse su inclusión entre el párrafo séptimo (“de las disposiciones comunes a los

²¹⁰ En este sentido, el Auditor Institucional General de Carabineros establece que los funcionarios de Carabineros “*usualmente se enfrentan a la toma de decisiones diarias e inmediatas, lo que en casos como el acoso sexual callejero, implicaba que el funcionario, o no haga nada por la ausencia de norma específica, o proceda a interpretar con mayor laxitud otras normas legales (por ejemplo, sobre el pudor o abuso sexual general). En consecuencia, cree importante que se regule este tipo de conductas, ya que permitirán determinar mejor el modo de proceder ante denuncias de tal tipo.*” Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, p. 36.

abusos sexuales”), y el octavo (“de los ultrajes públicos a las buenas costumbres”), del Código Penal.²¹¹

En un sentido similar, la Profesora de Derecho Penal, María Elena Santibáñez, establece que sería más acertado ubicar el nuevo delito de acoso sexual callejero bajo el párrafo diez, pasando este último a ser el número once; otra opción planteada por la profesora sería ubicarlo dentro del párrafo de delitos sexuales, antes de las disposiciones comunes (párrafo séptimo), para que éstas le fueran aplicables al nuevo tipo penal.²¹²

Por su parte, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, Sabas Chahuán, “*por resultar más lógico y comprensible*”, sugiere que la inclusión del nuevo delito de acoso sexual callejero se incorpore en un párrafo nuevo y exclusivo para este tipo penal, a continuación del párrafo 8.²¹³

ii. Análisis tipos penales propuestos

Dentro de los tipos penales propuestos en el proyecto encontramos, en primer lugar, el artículo 389 ter el cual contiene una serie de definiciones *ad hoc*, siendo la más importante aquella que hace referencia al acoso sexual callejero; luego, el Proyecto incluye las faltas de acoso sexual callejero, contenidas en los artículos 389 ter, quáter y quinquies en conjunto con el delito de acoso sexual callejero contenido en el art. 389 sexies; por último, a través del art. 389 septies se propone una especie de medida alternativa, para luego proponer una serie de circunstancias agravantes a través del art. 389 octies.

Art. 389 bis (definición acoso)

Respecto a la definición de acoso sexual callejero contenida en el art. 389 ter, la profesora María Elena Santibáñez señala la necesidad de perfeccionar ésta, debiendo, entre otras cosas, eliminar la palabra “naturaleza” como también la frase “sin que mantenga el acosador y la acosada relación entre sí”, ya que podría darse una situación en que el acosador y la víctima sí mantengan algún tipo de relación entre sí, evitando futuras lagunas de punibilidad²¹⁴. En un mismo sentido, el en ese entonces Fiscal Nacional del Ministerio Público, Sabas Chahuán, propone que no se incluya la expresión “naturaleza”, al dar ésta

²¹¹ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, p. 38.

²¹² *Ibíd.*, p. 39

²¹³ *Ibíd.*, p. 44. Sabas Chahuán, a la sazón Fiscal Nacional del Ministerio Público, remite su opinión respecto de este proyecto mediante oficio FN N° 936/2015.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 39

“margen de interpretación que puede dificultar la aplicación de la norma, debiendo mantenerse únicamente la expresión “connotación sexual”²¹⁵.

Al igual que la profesora Santibáñez, respecto a la ausencia de relación entre el acosador y víctima, el diputado Squella establece el deber de prescindir de dicho requisito, como también del lugar en donde se despliega la conducta típica.²¹⁶

Respecto a la exigencia de producir en la víctima “intimidación, hostilidad, degradación, humillación, o un ambiente ofensivo en los espacios públicos”, se previene por la mayoría de los y las asistentes la dificultad probatoria que implicará el presente requisito típico. Así, la Ministra Claudia Pascual establece que *“basta con regular la conducta misma en forma objetiva, de forma tal que no caiga el peso de la prueba en la víctima para demostrar que tan afectada quedó y solo así poder sancionar”²¹⁷*; misma opinión expresa la profesora María Elena Santibáñez.²¹⁸

Art. 389 ter (actos verbales y no verbales)

Respecto al ASC consistente en actos verbales y no verbales sancionados en el art. 389 ter, la mayoría de los y las asistentes señala la necesidad de excluir dichas conductas del ámbito de sanción penal²¹⁹. Respecto a los argumentos vertidos, estos se refieren principalmente a que estos actos resultarían ajenos a la protección del bien jurídico respectivo²²⁰, que éstos significarían un alto grado de subjetividad²²¹ y, más importante aún, que éstos no merecerían reproche penal en base al principio de proporcionalidad penal²²².

Como alternativa a sancionar dichos actos bajo el Derecho Penal, se propone mantener dichos actos *“ante una judicatura distinta, como podrían ser los juzgados de policía local”²²³.*

Art. 389 quáter (grabaciones)

A diferencia del ASC consistente en actos de carácter verbal y no verbal, la opinión respecto a la necesidad de sancionar penalmente el acoso sexual callejero consistente en la

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 44

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 40

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 36

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 39

²¹⁹ Se pronuncian en este sentido la profesora de Derecho Penal María Elena Santibáñez, el Diputado Walker, el Fiscal Nacional del Ministerio Público Sabas Chahuán y la Directora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, Patricia Muñoz.

²²⁰ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana. Intervención María Elena Santibáñez, p. 39.

²²¹ *Ibíd.*, intervención diputado Walker, p. 41.

²²² *Ibíd.*, intervención Sabas Chahuán, p. 44.

²²³ *Ídem.*

captación de imágenes, videos o de cualquier registro audiovisual del cuerpo de una persona o de una parte de él, resulta positiva.

Sin perjuicio del apoyo a sancionar dichas conductas, se realizan una serie de prevenciones al tipo propuesto; así, en primer lugar, se previene la posibilidad de una futura superposición entre el tipo propuesto y el actual delito de producción de material pornográfico infantil, contenido en el art. 366 quinquies CP²²⁴; en segundo lugar, se señala que las grabaciones que se busca sancionar a través del tipo propuesto debería incluirse en los delitos contra la intimidad, en el art. 161-A del Código Penal, ampliando el ámbito de aplicación de este último, incluyendo aquellas grabaciones realizadas en recintos públicos, “*en tanto se proceda a grabar partes íntimas de adultos (por ejemplo, grabación de los órganos genitales), con lo que se permitiría regular esta situación de forma proporcionada.*”²²⁵

Art. 389 quinquies (exhibicionismo)

En relación a la discusión vertida sobre el art. 389 quinquies, bajo el cual se busca sancionar aquellas conductas consistentes en abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, entre otras, se señala la conveniencia de una tipificación autónoma²²⁶; además de dicha opinión, no existe gran discusión al respecto.

Art. 389 sexies (delito ASC)

Respecto al delito de ASC contenido en el art. 389 sexies propuesto, se confirma el bien jurídico protegido explicitado en la moción del proyecto: un “*acto que involucre contacto corporal de carácter sexual sería una conducta gravosa contra el bien jurídico de la “libertad sexual”*”²²⁷.

En lo tocante a la descripción típica de la conducta (“*tocaciones indebidas, roces o presión de genitales contra el cuerpo de otra persona que involucre contacto corporal con connotación sexual*”) se señala que ésta no sería la más acertada ya que “*entre más palabras se utilizan en la descripción del tipo, es mayor la posibilidad de que se generen*

²²⁴ “Art. 366 quinquies. El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubiere sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.

Para efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismo fines.”

²²⁵ Informe Comisión de Seguridad Ciudadana, intervención María Elena Santibáñez, p. 42.

²²⁶ Ibíd., intervención María Elena Santibáñez, pp. 39-40.

²²⁷ Ibíd., intervención Patricia Muñoz, p. 38.

*lagunas de punibilidad, las que se evitan eliminando tantas especificaciones que sólo entorpecen la aplicación de la norma.*²²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, el en ese entonces Fiscal Nacional del Ministerio Público, establece como procedente la incorporación del delito propuesto a nuestra legislación penal, evitando lagunas de impunidad²²⁹; sin embargo, se propone una ubicación distinta a la propuesta en el proyecto, debiendo establecerse *“un párrafo específico para el acoso sexual, con una norma que se haga cargo de las definiciones de acoso sexual callejero y, además, la norma que tipifique esta conducta.*”²³⁰

Art. 389 septies (medida alternativa)

La medida alternativa contenida en el art. 389 septies es catalogada por quienes asisten a la discusión como poco clara, respecto a si el artículo en cuestión contendría una pena alternativa o una pena complementaria²³¹. En adición a dicha observación, se señala la dificultad de aplicación práctica de la presente medida, en donde *“la inclusión de una medida de esta naturaleza carece de sentido mientras no se cuente con profesionales especializados en la materia. Así, a modo de ejemplo, podemos referir que, de acuerdo a la experiencia práctica, incluso en las causas por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, cuando se dispone por los jueces la asistencia a programas de control de impulsos o terapias para agresores, estos resultan de nula aplicación práctica por la inexistente oferta programática requerida.*”²³²

Art. 389 octies (agravante)

En lo que se refiere a la agravante del art. 389 octies propuesto, se señala su innecesidad²³³, ya que ésta incluiría agravantes que ya se encuentran contenidas en nuestro Código Penal, como por ejemplo, aquellas señaladas en el art. 368 bis contenido en las disposiciones comunes a los delitos sexuales (párrafo 7).

e) Discusión particular

Tras la discusión recién explicitada, se formula una indicación sustitutiva para la totalidad del articulado contenido en ambas mociones refundidas, suscrita por el diputado Walker, las

²²⁸ *Ibíd.*, intervención María Elena Santibáñez, p. 40.

²²⁹ *Ibíd.*, intervención Sabas Chahuán, p. 45.

²³⁰ *Ídem.*

²³¹ *Ibíd.*, intervención María Elena Santibáñez, p. 40.

²³² *Ibíd.*, intervención Sabas Chahuán, p. 45.

²³³ En este sentido, Patricia Muñoz, María Elena Santibáñez y Sabas Chahuán.

diputadas Cariola, Sabat y Nogueira y los diputados Ceroni, Fuenzalida, Mirosevic y Squella, del siguiente tenor:

“ARTÍCULO ÚNICO.- *Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:*

1.- *Agrégase el siguiente artículo 366 sexies:*

“Art. 366 sexies. El que realizare una acción sexual que implique un contacto corporal contra una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación, o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter, será penado con presidio menor en su grado mínimo.”

2.- *Incorpórase en el Libro Tercero, Título I, De Las Faltas, el siguiente artículo 494 ter:*

“Artículo 494 ter.- Comete acoso sexual el que abusivamente realizare en lugares públicos o de acceso público una acción sexual distinta del acceso carnal, que implique un hostigamiento capaz de provocar en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo.

En caso de que los actos de hostigamiento descritos en el inciso anterior, fueren de carácter verbal o se ejecutaren por medio de gestos, se impondrá la pena de multa equivalente a una Unidad Tributaria Mensual.

Si dichos actos consistieren en la captación de imágenes, vídeos o cualquier otro registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él, se impondrá una pena de multa entre 5 a 10 Unidades Tributarias Mensuales. Sin perjuicio de lo anterior, si tal registro es divulgado por medios de difusión, se impondrá una pena de multa entre 10 a 20 Unidades Tributarias Mensuales.

Cuando el hostigamiento fuere realizado a través de conductas físicas, tales como abordajes o persecuciones intimidantes, o bien por medio de actos de exhibicionismo, obscenos o de contenido sexual explícito se impondrá una pena de multa entre 10 a 20 Unidades Tributarias Mensuales.”.

Como elementos centrales y sustantivos de la presente indicación, encontramos la inclusión de un nuevo tipo penal a través del art. 366 sexies propuesto, el cual prescindiría de los

requisitos de relevancia y/o significación sexual contenidos en el art. 366 ter, lo cual permitiría en un comienzo *“llenar el vacío legal que al respecto existe hoy en nuestro país.”*²³⁴

Enseguida, se incorpora la falta de “Acoso Sexual en Lugares Públicos o de Acceso Público” mediante la creación de un nuevo art. 494 ter, sancionando con una pena de multa aquellas conductas de acoso sexual callejero consistentes en actos verbales y no verbales, en captación de imágenes, vídeos o de cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona y, por último, acoso sexual callejero consistente en actos de carácter físico, como abordajes intimidantes y actos de exhibicionismo.

Puesta en votación la citada indicación sustitutiva, ésta es aprobada por unanimidad por las diputadas Cariola, Nogueira y Sabat y por los diputados Ceroni, Fuenzalida, Mirosevic, Squella y Walker.

f) Etapa de tramitación actual

Actualmente, el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero se encuentra en segundo trámite constitucional (Senado). En octubre de 2016, la sala acuerda que el proyecto sea informado en primer término por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y luego por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento²³⁵.

2. Análisis proyecto de ley tras indicación sustitutiva

En el presente apartado se analizará la estructura de los tipos penales propuestos en el Proyecto, tras la indicación sustitutiva antedicha, a partir de la teoría del delito²³⁶.

2.1 El delito de acoso sexual callejero (artículo 366 sexies)

“Art. 366 sexies. El que realizare una acción sexual que implique un contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter, será penado con presidio menor en su grado mínimo.”

²³⁴ Informe Comisión de Seguridad Ciudadana, p. 47.

²³⁵ Tramitación Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero. [En línea] Página web Senado República de Chile. < <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [Fecha de consulta: 29.10.17]

²³⁶ Para efectos del presente trabajo, entendemos por “teoría del delito” aquella *“propuesta metodológica que permite de forma racional, coherente y consistente el examen de un presupuesto de hecho a fin de establecer si su autor o autores son responsables criminalmente.”* HORMAZÁBAL M., ob. cit., p. 130.

a) Ubicación

El delito de acoso sexual callejero propuesto se ubica en el Título VII (“Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”) en el párrafo sexto, denominado “Del estupro y otros delitos sexuales”, entre los delitos contenidos en los artículos 366 quinquies y 367, comúnmente denominados como delitos de *corrupción de menores*.

De este modo, se elimina el párrafo 11 propuesto en un principio (“*Del delito de acoso sexual callejero*”), subsumiendo el delito propuesto bajo el párrafo sexto, resultando aplicables las disposiciones comunes contenidas en el párrafo séptimo del Título VII.

¿Resulta adecuada la ubicación elegida para este nuevo delito, dentro de los delitos de corrupción de menores? Estos últimos cuentan con elementos típicos distintos al tipo penal de ASC propuesto, en donde este último no cuenta con ciertas características distintivas de éstos (por ejemplo, la exigencia de minoría de edad del sujeto pasivo); asimismo, según la doctrina mayoritaria, estos delitos buscan sancionar aquellas conductas que vulneran la indemnidad sexual y la honestidad, no así la libertad sexual²³⁷, protegiendo bienes jurídicos distintos al delito de ASC.

Dicho lo anterior, la presente ubicación podría llegar a generar ciertas confusiones en los futuros destinatarios de la presente norma penal, por lo que resultaría más apropiado ubicar este nuevo delito después de los delitos de corrupción de menores (en un art. 367 quáter, por ejemplo) o en un párrafo independiente dentro del Título VII.

b) Bien Jurídico

Tal como se expuso anteriormente, el mensaje del Proyecto establece como bien jurídico protegido la libertad e indemnidad sexual. Sin embargo, tras las indicaciones realizadas durante la discusión parlamentaria, no queda del todo claro cuál sería el bien jurídico protegido por éste. Así, al exigirse un determinado resultado en la síquis de la víctima (“que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo”) podríamos estar frente a un tipo penal *pluriofensivo*, en donde se protegería más de un bien jurídico. Lo anterior, en base a que, en palabras de Politoff, Matus y Ramírez, “*los ingredientes que integran la tipicidad son inseparables de los bienes jurídicos tutelados a través de la respectiva figura legal (...) y de la forma de lesión o peligro que se quiere evitar*

²³⁷ POLITOFF et. al., ob. cit., p. 279.

a través de la incriminación, el juicio acerca de la tipicidad expresa ya un conjunto de informaciones provisionales acerca del desvalor del acto y del desvalor del resultado, todo ello a la luz del bien jurídico tutelado.”²³⁸

Así dicho, ¿qué bien jurídico estaría siendo protegido por el delito de acoso sexual callejero? ¿La integridad sexual? ¿La dignidad humana? Al incluir el requisito de generar un cierto resultado subjetivo en la víctima (“humillación”, “degradación”, “ambiente ofensivo”), no sólo la libertad sexual o indemnidad del sujeto pasivo se ve comprometida, sino que, al mismo tiempo, su dignidad e integridad personal.

Como se analizará más adelante, no pareciera correcto incluir este determinado efecto o *resultado* en la síquis de la víctima, visto a cómo la (eventual) transformación del tipo en uno de carácter pluriofensivo sólo dificultará su aplicación, ya que deberá probarse la vulneración de cada uno de los bienes jurídicos tutelados por el tipo.

c) Tipo Objetivo

En el presente apartado, analizaremos el conjunto de elementos que integran la descripción legal del delito de ASC propuesto. Así, se estudiarán los sujetos del delito, la conducta típica, incluyendo el núcleo o verbo rector, clasificando el delito de acoso sexual callejero bajo sus distintas condiciones de punibilidad, cuando resulte pertinente.

i. Sujeto activo

La fórmula utilizada por el artículo 366 sexies propuesto se traduce en un sujeto activo anónimo o innominado; así, al utilizar “el que”, la conducta típica puede ser realizada por cualquier individuo, sin distinción de género, pudiendo indistintamente tanto un hombre como una mujer realizar la conducta típica descrita en el tipo. De este modo, el delito de acoso sexual callejero se nos presenta como un delito *común*.

ii. Sujeto pasivo

El artículo 366 sexies propuesto establece como posible víctima a una “persona mayor de 14 años”. Así, todas aquellas personas menores de 14 años no quedarían cubiertas bajo el nuevo delito de acoso sexual callejero.

²³⁸ POLITOFF L., Sergio et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 185.

¿A qué se debe la presente distinción entre menores y mayores de 14 años? De la discusión parlamentaria del presente proyecto, se puede desprender la asunción por parte de los/as distintos/as actores que participaron en ésta, de que los actos constitutivos de acoso sexual callejero descritos en el artículo 366 sexies propuesto realizados en contra de personas menores de 14 años resultan punibles bajo el artículo 366 bis CP; sin embargo, ¿es realmente así?

La conducta típica descrita en el artículo 366 bis CP se refiere a la realización de *“una acción sexual distinta del acceso carnal”*, entendiendo por acción sexual *“cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”* (artículo 366 ter CP).

Dicho lo anterior, ¿qué ocurre con los actos constitutivos de acoso sexual callejero (que involucren contacto corporal) que no cumplen con los requisitos de contacto corporal de *significación sexual y de relevancia* o la afectación de *los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella*? ¿Pueden dichos actos (realizados en contra de personas menores de 14 años) ser subsumidos bajo el artículo 366 bis CP?

En la discusión parlamentaria del Proyecto, se establece como uno de sus fundamentos la insuficiencia de la legislación actual, en donde, tal como se expuso en el Capítulo 2 del presente trabajo, la conducta típica del delito de abuso sexual en sus distintas formas sería expresión de dicha insuficiencia; así, por ejemplo, dentro de los elementos centrales y sustantivos de la indicación sustitutiva para la totalidad del articulado contenido en ambas mociones refundidas, suscritas por las diputadas Cariola, Sabat y Nogueira y los diputados Walker, Ceroni, Fuenzalida, Mirosevic y Squella, se toma como modelo de redacción para el nuevo tipo penal de acoso sexual callejero *“los actualmente vigentes en el Código Penal, respecto del abuso sexual en contra de mayores de 14 años, sin exigir las condiciones de relevancia y/o significación sexual, consagrados en el art. 366 ter, lo que permite llenar el vacío legal que al respecto existe hoy en nuestro país.”*²³⁹

De este modo, el abuso sexual cometido en contra de menores de 14 años también exige las condiciones de relevancia y significación sexual consagrados en el artículo 366 ter CP, por lo

²³⁹ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, p. 47.

que de mantenerse la distinción etaria en la víctima del nuevo tipo penal de ASC, el referido vacío legal o laguna de punibilidad seguirá existiendo en nuestro ordenamiento jurídico penal: las conductas constitutivas de ASC que involucren contacto corporal con un(a) menor de 14 años que no cumplan con los requisitos del artículo 366 bis y 366 ter CP no resultarán punibles bajo nuestro Código Penal.

Cómo se verá más adelante, a propósito de la conducta típica contenida en el presente delito, no queda claro qué requisitos del delito de abuso sexual contenido en el art. 366 y ss. busca prescindir el nuevo delito de ASC: ¿Las circunstancias comisivas de los arts. 361 y 363 CP, buscando sancionar el comúnmente denominado abuso sexual por sorpresa? ¿Los requisitos contenidos en el art. 366 ter CP? En este último caso, ¿cuáles de estos requisitos?

iii. Conducta típica

El artículo 366 sexies propuesto comienza describiendo la conducta típica a través del verbo rector de “*realizar*”; así, dada su neutralidad, debemos poner especial énfasis en los elementos normativos del tipo.

La conducta prohibida por el delito de acoso sexual callejero es el realizar “*una acción sexual que implique un contacto corporal (...), sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter*”. Así, se utiliza una fórmula análoga a la utilizada en los delitos de abuso sexual, en donde se nos presenta la conducta típica como una de carácter residual: la acción sexual que implique contacto corporal con la víctima deberá ser aquella que no implique un acto de significación sexual o relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiera contacto corporal con ella (artículo 366 ter CP).

Dicho lo anterior, ¿cuál es el concepto de *acción sexual* que nos entrega el artículo 366 sexies propuesto? ¿Qué implica la exigencia de un *contacto corporal* entre el hechor y la víctima?

En lo que respecta al carácter o significación *sexual* de un acto, tal como se expuso en el Capítulo 2 del presente trabajo respecto al delito de abuso sexual, concordamos con aquel sector de la doctrina que ha entendido por acto de significación sexual “*aquellos que resultan objetivamente adecuados – dentro del medio social en que se desarrollan – para excitar el*

*instinto sexual de una persona.*²⁴⁰ De este modo, una debida delimitación de la naturaleza o significación del acto será aquella que tenga en cuenta las concepciones propias de una determinada sociedad y momento histórico; sin embargo, el objetivar la conducta - y determinar la antijuricidad de ésta - resulta más difícil que en aquellos delitos sexuales donde la concurrencia de circunstancias de comisión permiten delimitar el carácter sexual, típico y antijurídico de la conducta.²⁴¹

Cabe establecer que, a pesar de la vaguedad del concepto de acción sexual, tal como se analizó en el Capítulo 2 del presente trabajo, se debe evitar recurrir a un elemento subjetivo adicional para determinar el desvalor del acto, muchas veces denominado como *ánimo lascivo*, debiendo recurrir así a los distintos elementos normativos que se encuentran al alcance, prescindiendo de cualquier requisito adicional a aquellos contenidos en el tipo penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la vaguedad de la descripción típica se ve contrarrestada con la exigencia de un grado de contacto corporal con la víctima, delimitando de manera más clara la conducta sancionada. A diferencia de la técnica utilizada en el artículo 366 ter de nuestro Código Penal, se excluye la referencia a la afectación de los genitales el ano o la boca, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella, exigiendo solamente que la acción sexual *“implique un contacto corporal (...), sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter”*

¿Qué debemos entender por una acción sexual que implique un *contacto corporal*? A pesar de compartir la misma denominación que el “contacto corporal” contenido en el artículo 366 ter CP, el artículo 366 sexies propuesto pareciera incluir uno distinto a éste, visto a que no deben mediar *“los términos señalados en el artículo 366 ter.”* Sin embargo, no resulta claro qué términos señalados en el artículo 366 ter deben excluirse de la conducta típica del artículo 366 sexies propuesto: ¿Todos? ¿La relevancia del acto? Asimismo, ¿qué ocurre en aquellos casos en donde el acoso sexual callejero es realizado a través de objetos? Por ejemplo, en aquellos casos en que durante un viaje en el transporte público, el hechor comienza a frotar objetos por sobre los genitales de la víctima, no resulta claro si dicha conducta resultaría punible bajo el art. 366 sexies propuesto.

²⁴⁰ GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, ob. cit., p. 315.

²⁴¹ Así por ejemplo, en la violación propia a través de las distintas circunstancias comisivas enumeradas en el artículo 361 CP, o en el abuso sexual propio (art. 366), a través de las circunstancias comisivas enumeradas en los artículos 361 y 363 CP.

Según nuestro parecer, el contacto corporal exigido por el tipo debe incluir aquellas conductas que no necesariamente involucren el contacto del cuerpo del hechor con el de la víctima, admitiendo la posibilidad de ejecución mediante objetos; de este modo, lo relevante es la afectación corporal de la víctima, resultando irrelevante la implicancia corporal del hechor. En efecto, el contenido de antijuricidad de la conducta vendría dado por el “*involucramiento no consentido de una persona en un contexto de significación sexual*”²⁴², no así por el uso prohibido de la sexualidad del hechor.

Asimismo, cabe tener presente que uno de los principales fundamentos de la tipificación del acoso sexual callejero es eliminar la laguna de punibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico-penal en materia de delitos sexuales, por lo que resultaría contraproducente el generar lagunas de punibilidad mediante la exclusión de la sanción de las conductas contenidas en el ejemplo recién señalado.

Por otro lado, pareciera razonable que este contacto corporal no exija el contacto de pieles entre el hechor y la víctima, visto a cómo esto no sería una exigencia para aquel contacto corporal contenido en el art. 366 ter CP, el cual describe conductas de carácter sexual que implican un mayor desvalor, en el caso de los delitos de abuso sexual contenidos en los arts. 366 y ss. del Código Penal.²⁴³

En cuanto a la naturaleza jurídica del delito de ASC en lo que se refiere a la teoría de la intervención delictiva, resulta imprescindible tomar postura: ¿Es el delito de acoso sexual callejero un *delito de propia mano*? Nos encontramos frente a un delito de estas características cuando éste “*describe una conducta que, dadas sus características o naturaleza, sólo puede ser realizada mediante una actividad corporal del propio sujeto, de una actividad personalísima*”²⁴⁴.

La opinión sobre la calificación de los delitos sexuales como delitos de propia mano no es uniforme; así, un sector de nuestra doctrina califica aquellos delitos sexuales en donde se ve

²⁴² RODRÍGUEZ C., Luis, op. cit., pp. 142-152, citado por BASCUR R., Gonzalo. *La mujer como (eventual) autora de un delito de violación*. [En línea] Santiago: Ars Boni et Aequi, 2016, vol. 12, n° 1, p. 75. <<http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/4>> [Fecha de consulta: 11.12.2017].

²⁴³ Véase GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, ob. cit., p. 317.

²⁴⁴ GARRIDO M., Mario. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 334- 335.

involucrado un contacto corporal entre el hechor y la víctima como delitos de propia mano, excluyendo así su imputación a título de autoría mediata y coautoría²⁴⁵.

Posición contraria es la de Bullemore y Mckinnon²⁴⁶ y Rodríguez Collao²⁴⁷ (a propósito del delito de violación), en donde este último establece desde una perspectiva de justicia material que *“si se acepta el castigo, a título de autor de violación, de quien ejerce en contra de la víctima la fuerza o la intimidación necesarias para llevar a cabo el acceso carnal, no se alcanza a comprender por qué no habría de adoptarse el mismo predicamento respecto de quien fuerza a aquel que ha de realizar la penetración, y menos aún si la fuerza es ejercida conjuntamente (a través de un mismo acto) en contra del autor y de la víctima.”*²⁴⁸

Respecto a la posibilidad de admisión de la calificación de los delitos sexuales bajo la nomenclatura de delitos de propia mano (lo cual excluiría su imputación a título de autoría mediata y/o coautoría), Bascur Retamal establece que *“[e]n la medida que el desvalor de estos comportamientos mayoritariamente se radica en el menoscabo de la libertad de abstención sexual, la admisión de los delitos de propia mano significaría trasladar o mutar esta moderna concepción a un desvalor que sería propio del primitivo modelo de la teología moral escolástica, consistente en sancionar el uso prohibido del placer sexual. En concreto, dado que la lujuria sería un pecado de tacto sólo podría ser autor quien interviene con su propio cuerpo en el delito, pues lo esencial de esta clase de ilícitos no sería el acto de coacción sobre otro, sino el desorden del ejercicio de la sexualidad y de obtención de placer sexual.”*²⁴⁹

De este modo, en base a esta última posición doctrinaria, podemos establecer que calificar el delito de ASC como un delito de propia mano resultaría incompatible con el contenido de antijuricidad material de éste, esto es, el involucramiento no consentido de una persona en un contexto de significación sexual; dicho lo anterior, el delito de ASC no resultaría subsumible bajo la categoría de delito de propia mano, admitiendo su imputación a título de autoría mediata y coautoría.

²⁴⁵ A propósito del delito de violación, son de esta opinión MAÑALICH, Juan Pablo. *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las norma.* Revista Ius et Praxis, 2014, n° 2, pp. 45-48; POLITOFF L., et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.*, ob. cit., p. 328, en donde para estos últimos, el delito de violación *“por su propia naturaleza se excluye la autoría mediata: en el caso de quien contrata a otro para que viole a una mujer, sólo puede ser castigado como inductor. No existe autoría mediata, ya que el inductor no tiene el dominio del hecho.”*

²⁴⁶ BULLEMORE, Vivian; MCKINNON, John. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III.* Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 186.

²⁴⁷ RODRÍGUEZ C., ob. cit., pp. 215-216.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 216.

²⁴⁹ BASCUR R., ob. cit., pp. 74-75.

Por otra parte, para que el delito de acoso sexual callejero se entienda consumado, la conducta típica debe generar un efecto en el fuero interno de la víctima; así, los actos de acoso sexual callejero que involucran contacto corporal deben “*provocar en la víctima intimidación, hostilidad, degradación o un ambiente ofensivo.*” De este modo, nos encontraríamos frente a un delito de lesión y, al mismo tiempo, de *resultado*, en donde, en palabras de Garrido Montt, para que estos delitos se estimen consumados, “*es necesario que el proceso causal puesto en marcha por el sujeto, o la no interrupción de aquel que estaba en curso (omisión), produzca el resultado injusto previsto por la descripción típica.*”²⁵⁰

Sin embargo, ¿qué ocurre si la conducta realizada por el hechor no provoca en la víctima *intimidación, hostilidad, degradación o un ambiente ofensivo*? ¿Nos encontraríamos frente a un delito de acoso sexual callejero *frustrado*?

Tal como se expuso en la discusión del Proyecto, no pareciera correcto exigir un determinado efecto en la víctima, visto a cómo se debiese evaluar la conducta típica objetivamente, resultando indiferente el impacto generado en la víctima, ya que los efectos pueden variar de persona en persona, por lo que no sería lógico que un mismo acto constitutivo de ASC resulte punible en ciertos casos y en otros no, sumado a las implicancias probatorias anteriormente señaladas en el presente Capítulo.

En adición a lo anterior, cabe señalar que el elemento fundamental que determina la relevancia jurídico-penal de las conductas de ASC es la falta de consentimiento de la víctima; en este sentido, en palabras de Oxman Vilches, “*(...) en el contexto de la teoría de la imputación de los delitos contra la libertad sexual, el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada no está puesto en el contenido sexual específico del acto, sino en el entendimiento de estas normas como la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento.*”²⁵¹

d) Tipo Subjetivo

El dolo ha sido entendido como principal forma de incriminación en nuestro ordenamiento jurídico-penal²⁵²; así, a través del artículo 2°, 4° y el artículo 10, N° 13 de nuestro Código Penal, la incriminación a título de *culpa* se nos presenta como algo excepcional, en donde, a *contrario sensu*, el dolo se convierte en la regla general.

²⁵⁰ GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 329.

²⁵¹ OXMAN V., ob. cit., p. 98.

²⁵² POLITOFF et. al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, ob. cit., p. 254.

A pesar de no contar con una definición legal del concepto de dolo en nuestro ordenamiento jurídico-penal, la doctrina ha entendido que aquel que actúa dolosamente es aquel que “*conoce y quiere la realización del hecho típico*”²⁵³, pudiendo desprender un elemento cognositivo – el conocer – y uno de carácter volitivo – el querer.

Respecto a este último elemento, éste se traduce en el querer *realizar* la acción típica, en donde, para efectos del derecho penal, se traduce en lo siguiente: “*a) La misma acción querida; b) Las consecuencias que se persiguen con esa acción, y c) Los efectos secundarios que el hechor acepta como inherentes a la realización del hecho típico.*”²⁵⁴ Sin embargo, el actuar dolosamente puede muchas veces prescindir del segundo y/o del tercer elemento recién explicitado, en aquellos casos donde “*las consecuencias inherentes al actuar no aparecen, en una consideración ex ante, como necesarias, sino sólo como meramente posibles*”²⁵⁵, encontrándonos frente a la figura del dolo *eventual*; sin embargo, la presente distinción, a pesar de ser objeto de grandes discusiones a nivel dogmático, no presenta grandes consecuencias en la práctica.

Dicho lo anterior, el delito de ASC propuesto contenido en el artículo 366 sexies, por su ubicación dentro del Código, no admite una forma de ejecución culposa. Así, la presente figura sería compatible con el dolo directo como también de carácter eventual, resultando suficiente que el hechor se represente – y desee o quiera – la realización de la conducta típica, es decir, una “*acción sexual que implique contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años*”.

Sin perjuicio de lo anterior, cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia suele exigir un elemento subjetivo adicional para delimitar la connotación sexual del acto, el comúnmente denominado *ánimo lascivo*. Sin embargo, ya en el Capítulo 2 del se estableció cómo la exigencia de dicho requisito adicional no resulta procedente, visto que éste ya se encuentra incluido dentro del elemento subjetivo del *dolo*: el ánimo lascivo viene dado por la representación de la conducta típica, específicamente, por la representación de la realización de una acción *sexual* (que implique contacto corporal) contra la voluntad de la víctima.

De este modo, respecto a la exclusión de un requisito subjetivo adicional, a propósito del delito de abuso sexual, Garrido Montt establece cómo “[d]ebería recurrirse a criterios

²⁵³ *Ibíd.* p. 255.

²⁵⁴ *Ibíd.* p. 272.

²⁵⁵ *Ibíd.* p. 276.

*normativos para determinar la significación sexual del hecho, considerando los criterios que existan en el medio social. Es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto.*²⁵⁶

Por último, cabe destacar que ya en la discusión parlamentaria del Proyecto de ley en cuestión, se estableció el deber de objetivar la conducta típica, prescindiendo de elementos subjetivos adicionales: *“(...) teniendo como base el que todos los delitos contemplados en el Código Penal son de carácter doloso, sin que este elemento deba exigirse expresamente, no cree que se deba requerir un ánimo o intención especial, pues tal como en el abuso sexual, no se puede dejar la significación sexual en manos de la víctima, ni tampoco en el ánimo del sujeto activo. Es el acto el que objetivamente debe tener una connotación sexual, ya que esto es lo que permite “objetivizar” la conducta, siendo en definitiva el juez quien determine si el acto es o no de connotación sexual.*²⁵⁷

e) Antijuricidad

En palabras de Politoff, Matus y Ramírez, antijurídica es aquella conducta típica *“que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por ley”*²⁵⁸. Sin perjuicio de su carácter unitario, la doctrina ha distinguido dos vertientes de ésta: la antijuricidad *formal* por un lado, y la antijuricidad *material* por el otro; respecto a la primera, podemos decir que ésta se constituye por la contradicción entre la conducta típica y los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico, encontrándonos frente a una falta de autorización legal expresa (causal de justificación)²⁵⁹. En lo que se refiere a la antijuricidad material, Garrido Montt establece que *“la verdadera naturaleza del injusto radica en el resultado del delito – no de la acción -, o sea en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en el contraste del acto con los intereses sociales (...) la lesividad social del comportamiento, el riesgo que crea o concreta respecto de intereses apreciados como imprescindibles por la sociedad”*²⁶⁰; en un sentido similar, Politoff, Matus y Ramírez destacan cómo ésta residiría *“en la dañosidad social de la conducta, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular”*²⁶¹.

²⁵⁶ GARRIDO M., *Derecho Penal. Parte especial. Tomo*, ob. cit., pp. 315-316.

²⁵⁷ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, p. 42.

²⁵⁸ POLITOFF et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, ob. cit., p. 209.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 139.

²⁶¹ POLITOFF et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, ob. cit., p. 209.

En lo que se refiere a la antijuricidad material del delito de acoso sexual callejero contenido en el art. 366 sexies propuesto, ésta vendría dada por la lesión efectiva del bien jurídico protegido por este nuevo tipo penal. Sin embargo, a pesar de la postura aquí planteada, esto es, que el bien jurídico vulnerado por aquellos actos constitutivos de acoso sexual callejero es la libertad de autodeterminación sexual, tal como se mencionó a propósito del análisis del bien jurídico protegido por el art. 366 sexies propuesto, tras incluir un determinado impacto subjetivo en la víctima (“humillación”, “degradación”, “hostilidad”, etc.) no queda claro qué bien jurídico busca protegerse por el presente tipo penal.

Dicho lo anterior, la dañosidad social de la conducta típica se reflejará no sólo en la vulneración de la libertad de autodeterminación sexual de la víctima, si no que, además, deberá complementarse con la vulneración de alguno de los bienes jurídicos que se desprenden del requisito subjetivo mencionado: la integridad sexual, dignidad, honra, entre otros.

A diferencia de la técnica legislativa utilizada en los delitos de abuso sexual propio y violación propia, en donde son las circunstancias de comisión las que ayudan a determinar el contenido antijurídico de la conducta²⁶², el delito de acoso sexual callejero prescinde de éstas; de este modo, la antijuricidad material de la conducta típica vendría dada principalmente por la falta de consentimiento de la víctima frente a los actos que realiza el hechor, reflejado en la frase “*contra la voluntad*”, contenida en el art. 366 sexies.

La fórmula adoptada es acertada, visto a cómo resultaría del todo artificioso el establecer circunstancias objetivas de comisión que den cuenta del elemento imprescindible que nos ayuda a determinar la antijuricidad o la *dañosidad social* de la conducta, esto es, la falta de consentimiento o voluntad de la víctima. Así, la carga probatoria que deben enfrentar las mujeres en materia de delitos sexuales se verá aliviada: el probar que un acto de significación sexual entre desconocidos realizado en el contexto físico de un espacio público o de libre acceso al público fue consentido por ambos resulta difícil de concebir, si lo contrastamos con otros delitos sexuales, por ejemplo, en donde la víctima y el hechor se encuentran relacionados de alguna forma.²⁶³

²⁶² MALDONADO F., Francisco. *Tratamiento de la nueva regulación de*

los delitos sexuales. En VV.AA: Problemas actuales de Derecho Penal. Temuco: Imprenta Austral, 2003, p. 236.

²⁶³ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico Anual, Enero-Diciembre 2016. [En línea] <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

Cabe destacar cómo la prescindencia de circunstancias objetivas de comisión en ciertos delitos sexuales podría llegar a ser una realidad en nuestro derecho penal sexual, en donde en el Proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia²⁶⁴ ingresado a tramitación en 2016, agrega un inciso tercero al delito de abuso sexual contenido en el artículo 366: en caso de realizarse éste contra una persona mayor de catorce años, podrá ser sancionado con presidio menor en su grado mínimo, en caso de que no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 y 363 del Código Penal²⁶⁵.

f) Iter Críminis

Referente a las etapas de concreción de un determinado tipo penal, podemos conceptualizar a este último como *“la descripción de un proceso conductual, más o menos complejo y prolongado temporalmente”*²⁶⁶.

Dentro de las distintas etapas de concreción de un tipo penal, encontramos no sólo la consumación sino que también formas incompletas de concreción, en donde se insertan la frustración y la tentativa; respecto a este último grado de concreción, encontramos distintas posturas respecto a la justificación de su punición²⁶⁷; sin embargo, para efectos de nuestro ordenamiento jurídico-penal, éstas sí resultan punibles.

Respecto al delito consumado, entendemos por éste aquel en que todas sus condiciones objetivas y subjetivas, el proceso conductual y material descrito en éste se encuentran cumplidas²⁶⁸.

Respecto a la frustración y tentativa, la primera hace alusión a un comportamiento personal terminado por el sujeto activo, pero que por razones ajenas a su voluntad, el resultado no se concreta²⁶⁹, o, según el artículo 7° CP, *“cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”*; respecto a la tentativa, el autor inicia la ejecución de la acción típica pero no alcanza a terminar la actividad material personal, faltando uno o más

²⁶⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mensaje N° 307-364, Santiago, 24.11.16. <<https://goo.gl/4kBWDZ>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

²⁶⁵ Artículo 30 N° 2 Proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia.

²⁶⁶ GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 347.

²⁶⁷ Sobre las distintas teorías sobre por qué la tentativa de consumación de un tipo penal debe ser sancionada, véase GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte especial. Tomo III*, ob. cit., pp. 344-346.

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 348.

²⁶⁹ *Ibíd.* 350.

actos para terminarla²⁷⁰, o, según el artículo 7° CP, “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”

Dicho lo anterior, ¿qué grados de concreción del delito de ASC resultarían punibles bajo nuestro Código Penal? ¿Cuándo se entiende consumado el delito de acoso sexual callejero? ¿Es una *acción sexual* algo susceptible de ser fraccionado?

Primero que nada, cabe establecer que dada la penalidad del delito propuesto, esto es, presidio menor en su grado mínimo, bajo el artículo 7° CP éste resulta punible tanto en su faz frustrada como en la tentativa (y, claro está, cuando éste se encuentra consumado).

Respecto a la consumación del presente delito, entendemos por ésta la realización de la acción sexual que implica contacto corporal con la consecuente provocación de intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en la víctima

Por otro lado, podemos entender por delito de acoso sexual callejero frustrado la ejecución acabada de la acción típica, esto es, la acción sexual que involucra contacto corporal con la víctima, que, sin embargo, no provoca el resultado contenido en el tipo: la provocación de “intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo”. Sin perjuicio de la posibilidad de sancionar su frustración, resulta difícil imaginar un caso en el cual se le impute a un individuo la comisión del delito de ASC en su faz frustrada; de esta manera, pareciera lógico prescindir de la exigencia de un determinado resultado subjetivo en la víctima.

Por último, ¿cabe la tentativa del delito de ASC? ¿Puede fraccionarse la acción típica del artículo 366 sexies? Respecto a la definición de tentativa presentada, para que un delito resulte punible bajo este grado de concreción, la acción típica debe ser susceptible, de alguna u otra forma, de división, fragmentación o fraccionamiento. Sin embargo, resulta difícil concebir la fragmentación de la *acción sexual* contenida en el artículo 366 sexies propuesto; aún más, si tenemos en cuenta la vaguedad con que se nos presenta dicha conducta típica.

Respecto al delito de abuso sexual, un sector de la doctrina considera que este delito sería perfectamente compatible con la figura de la tentativa; sin embargo, cabe establecer que esta compatibilidad se ha entendido solo en aquellos casos en que el hechor comienza a

²⁷⁰ Ídem.

ejecutar alguno de los actos que *circundan la realización del comportamiento sexual*, excluyendo dicha compatibilidad una ejecución parcial de la acción sexual misma²⁷¹.

Aún más, autores que sí conciben la posibilidad de fraccionar la acción típica del delito sexual, como Rodríguez Collao, establecen que “*el simple contacto que todavía no merece tal calificativo, sin duda es ya un principio de ejecución del delito y merece, por tanto castigo a título de tentativa.*”²⁷² Sin embargo, respecto a la acción sexual constitutiva de ASC, pareciera difícil imaginar un principio de ejecución susceptible de ser castigado a título de tentativa: ¿el mero roce entre el cuerpo del hechor y la víctima?

Dicho lo anterior, resulta difícil concebir la punibilidad del delito de ASC contenido en el artículo 366 sexies propuesto en grado de tentativa.

g) Autoría y participación

Tal como se estudió anteriormente, el delito de ASC no resulta subsumible bajo la categoría de delito de propia mano; de este modo, éste no ofrece grandes particularidades en materia de autoría y participación, resultando compatible con todas las formas de intervención contenidas en los artículos 15, 16 y 17 del Código Penal.

h) Concursos

En materia de concursos, el delito de acoso sexual callejero contenido en el artículo 366 sexies no presenta grandes dificultades, existiendo solamente concursos aparentes²⁷³ de leyes penales, en donde los actos constitutivos de ASC podrían resultar punibles bajo el delito de ofensas al pudor como también bajo el delito de abuso sexual; sin embargo, como se analizará, atendida la naturaleza del injusto, dichos actos sólo resultarán punibles bajo el futuro delito de acoso sexual callejero contenido en el artículo 366 sexies.

Respecto al delito de ofensas al pudor, el concurso aparente se resuelve mediante el principio de especialidad, visto a como el primero incluye una clausula residual: para que aquellos hechos de grave escándalo o trascendencia que de cualquier modo ofendan el pudor o las buenas costumbres resulten punibles, no deben estar *comprendidos expresamente en otros artículos* del Código Penal.

²⁷¹ Véase RODRÍGUEZ C., ob. cit., pp. 264-266.

²⁷² *Ibíd.* p. 266

²⁷³ Véase GARRIDO M. *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 456-460.

En relación al delito de abuso sexual en grado de tentativa, es decir, aquellos actos que realiza el hechor que, sin perjuicio del conocer y querer la realización de la conducta delictiva, por hechos ajenos a su voluntad, éste no logra realizar de manera acabada la conducta típica, podría darse el caso de la realización de actos de connotación sexual que involucren contacto corporal con la víctima pero que, al ser interrumpida su realización, éstos no logran alcanzar el estatus de *relevancia* (como podrían serlo, por ejemplo, un “manoseo” o tocamientos con connotación sexual). De este modo, estaríamos frente a una conducta susceptible de ser subsumida bajo el delito abuso sexual en grado de tentativa como del delito de acoso sexual callejero consumado.

Sin embargo, al igual que el caso anterior, nos encontramos frente a un concurso aparente, en donde, mediante el principio de consunción (que se desprende del art. 63 CP), nuestro Código Penal prefiere sancionar la *lesión* del bien jurídico de la libertad de autodeterminación sexual, por sobre su *puesta en peligro*; de este modo, se sanciona dicha conducta a título de aquel delito que su etapa de ejecución se encuentre más desarrollada, en este caso, el delito de ASC consumado. Así, en palabras de Garrido Montt, “*el desvalor del acto, o sea, la lesión jurídica considerada por un tipo, comprende o absorbe a veces al considerado por el otro.*”

274

Sin perjuicio de lo anterior, la vaguedad con que se encuentra descrita la conducta típica del artículo 366 sexies propuesto, dificultará la decisión de optar por la aplicación del delito propuesto y el delito de abuso sexual. ¿En qué se diferencia la *acción sexual* contenida en el artículo 366 sexies propuesto de aquella descrita en el artículo 366 ter CP? ¿Cuáles son los criterios que permiten delimitar la conducta constitutiva de acoso sexual callejero? ¿Una menor *relevancia* de la acción? Cuestiones como estas son algunos de los desafíos que deberá enfrentar el/la juez(a) a la hora de aplicar el tipo penal propuesto.

i) Sanción e implicancias procesales

La sanción propuesta para el delito de acoso sexual callejero es de presidio menor en su grado mínimo, es decir, de 61 a 540 días de afectación a la libertad ambulatoria o de desplazamiento del/la condenado/a.

Sin embargo, ¿se privará al condenado por delito de acoso sexual callejero consumado de su libertad ambulatoria o de desplazamiento?

²⁷⁴ *Ibíd.* p. 459.

Respecto al procedimiento penal aplicable, en caso de incluirse el delito de acoso sexual callejero contenido en el art. 366 sexies propuesto, resultarán aplicables las normas del procedimiento simplificado contenido en los arts. 388 y siguientes del Código Procesal Penal²⁷⁵. Así, este procedimiento se aplicará en aquellos casos en que la *pena en concreto* solicitada por el órgano de persecución penal no exceda los 540 días de privación de libertad²⁷⁶.

Cabe destacar que la aplicación de este procedimiento especial disminuye de manera importante las probabilidades de que el imputado por delito de ASC sea efectivamente condenado a una pena privativa de libertad, dada la existencia de dos figuras contempladas en éste, a saber, la *oferta de intercambio*²⁷⁷ contenida en el artículo 395 CPP, donde la admisión de responsabilidad en los hechos por parte del hechor solo permitiría la aplicación de una multa y, por otro lado, la *suspensión de la ejecución de la condena*²⁷⁸, contenida en el artículo 398 CPP.

Respecto a la oferta de intercambio, una vez efectuadas las primeras actuaciones de la audiencia (art. 394 CPP), el tribunal preguntará al imputado si admitiere su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, en donde, en caso de resultar afirmativo, el tribunal procede a dictar sentencia de manera inmediata, en donde el juez “*sólo podrá aplicar al imputado pena de multa, a menos que concurran antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión*”²⁷⁹. De este modo, dentro del procedimiento simplificado encontramos un *elemento premial* que tiende a evitar la realización del juicio a cambio de una condena preventiva.²⁸⁰

Por otro lado, en caso de existir sentencia condenatoria, el artículo 398 CPP establece la posibilidad por parte del juez de suspender la ejecución de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Para que ésta resulte procedente, deben concurrir “*antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado*”²⁸¹, debiendo el

²⁷⁵ Esto en caso de que por parte del Ministerio Público no se solicite una pena mayor a presidio menor en su grado mínimo, es decir, que no concurra la aplicación de ninguna circunstancia agravante contenida en el artículo 12 del Código Penal; así, por ejemplo, en caso de que el delito de acoso sexual callejero conserve su ubicación propuesta en el Código, le será aplicable la agravante del art. 368 bis CP (“*ser dos o más autores del delito*”), resultando aplicable las disposiciones del procedimiento abreviado u ordinario, según sea el caso.

²⁷⁶ Sobre el ámbito de aplicación de este procedimiento especial, véase HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 462-465.

²⁷⁷ Denominación utilizada por HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, ob. cit., p. 463.

²⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 492-493.

²⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 483-484.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 482.

²⁸¹ Artículo 398 Código Procesal Penal de Chile.

condenado, como única condición, evitar el ser imputado por cualquier delito a través de un requerimiento o formalización de la investigación²⁸². De este modo, a través de la presente institución, que por lo demás resulta sumamente similar a la remisión condicional de la pena contenida en el art. 3° de la Ley N° 18.216, se busca evitar efectos desocializadores y criminógenos de las penas de encierro.²⁸³

Pareciera resultar positivo el incluir en el presente delito la posibilidad del juez de optar por aplicar una pena de multa. Así, esto permitiría al juez decidir caso a caso qué sanción se ajustará mejor a los fines de la pena.²⁸⁴

2.2 La falta de acoso sexual callejero

En adición al delito de acoso sexual callejero, el Proyecto de ley en estudio incluye la falta de ASC (art. 494 ter), la cual contiene tres modos de comisión distintos: los actos de ASC consistentes en actos verbales y no verbales; actos de ASC consistentes en captación de imágenes, videos o cualquier otro registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él; actos de ASC consistentes en actos físicos.

Respecto a la sanción, ésta consiste en una multa que varía entre 10 a 20 UTM según la conducta realizada.

a) La definición de ASC

El art. 494 ter propuesto nos entregaría la primera definición de acoso sexual callejero contenida en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, resulta pertinente precisar que la definición propuesta prescinde del vocablo “*callejero*”, estableciendo el presente artículo que “*comete acoso sexual el que abusivamente realizare, en lugares públicos o de acceso público, una acción sexual distinta del acceso carnal, que implique un hostigamiento capaz de provocar en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo*”.

De esta manera, resulta confuso el que se prescinda de dicha adjetivación para conceptualizar este tipo de acoso, visto a cómo el acoso sexual es un fenómeno social que tiene lugar no sólo en el espacio público, sino que también, tal como se analizó en el Capítulo 1, en los más variados contextos de la vida cotidiana.

²⁸² HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, ob. cit., p. 493.

²⁸³ Ídem.

²⁸⁴ Más profundamente, véase CURY, Enrique. *La prevención especial como límite de la pena*. Santiago: Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1988, vol. 41, n° 3, pp.685-702.

Dicho lo anterior, la presente definición no resulta precisa, lo que podría llegar a dificultar la tipificación de un futuro reproche penal del acoso sexual en alguna de sus otras manifestaciones (laboral, académico, etc.)

Respecto a la conducta típica descrita en el inciso primero del artículo 494 ter, ésta se define de manera negativa, es decir, el acoso sexual callejero puede traducirse en todos aquellos actos de significación sexual *distintos de un acceso carnal*; sin perjuicio de que esta conducta resulta delimitada por los incisos siguientes del artículo, no pareciera del todo acertado el definir el acoso sexual callejero con tal nivel de vaguedad. Así, resulta poco preciso el describir al acoso sexual callejero como toda acción distinta del acceso carnal, para luego incluir en sus incisos 2º, 3º y 4º, conductas que distan de asimilarse a un acceso carnal, como lo son los actos de carácter verbal, los gestos o la captación de imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de una persona, resultando poco útil la referencia al acceso carnal a la hora de delimitar la conducta típica.

En remplazo, podría recurrirse a la técnica utilizada en la moción del proyecto contenida en el Boletín N° 9936-07, incluyendo la figura del “*acto de connotación sexual*”²⁸⁵, prescindiendo de la frase “distintos de un acceso carnal”.

Por último, a diferencia del delito de acoso sexual callejero, no se exige un determinado efecto en el fuero interno de la víctima; de este modo, la conducta típica debe ser *capaz* de provocar en la víctima “*intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo*”, por lo que el énfasis se encontraría en la conducta misma, y no en el fuero interno de la víctima.

b) Conductas de carácter verbal y no verbal

La falta de ASC propuesta sanciona actos de hostigamiento de carácter verbal o que se ejecuten por medio de gestos, contemplando una pena de multa de una UTM. Sin embargo, ¿qué podemos entender por un acto de hostigamiento de carácter verbal que cumpla al mismo tiempo con el requisito de *acción sexual* contenido en el inciso 1º del art. 494 ter propuesto? ¿Quién definirá la connotación sexual de dicho acto de hostigamiento de carácter verbal? ¿El hechor? ¿La víctima? ¿El juez? Todas estas interrogantes resultan igualmente

²⁸⁵ Tal como se expuso anteriormente en el presente trabajo, el Boletín N° 9936-07 definía al acoso sexual callejero como todo “*acto de naturaleza o connotación sexual, cometido en contra de una persona en lugares o espacios públicos, o de acceso público, sin que mantengan el acosador y la acosada relación entre sí, sin que medie el consentimiento de la víctima y que produzca en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación, o un ambiente ofensivo en los espacios públicos.*”

aplicables al concepto de “*gesto*”, cuestión aún más difícil de determinar por la prescindencia del uso del lenguaje verbal.

Así, pareciera forzoso concluir que la conducta típica contenida en el inciso 2° del art. 494 ter propuesto vulnera el principio de taxatividad, principio el cual busca evitar la inclusión de “*descripciones vagas o demasiado generales*”²⁸⁶ en los tipos penales. Asimismo, no pareciera razonable el tipificar conductas de dudosa viabilidad probatoria: ¿cómo se probarán los *gestos de connotación sexual*?

En lo que se refiere a la dañosidad social de la conducta típica – la antijuricidad material – pareciere no ser lo suficientemente relevante para recurrir al Derecho Penal como herramienta de reproche. De este modo, nuestro legislador deberá poner especial atención en la penalización del acoso sexual callejero consistente en actos verbales y por medio de gestos, visto a que “*la lesión o el peligro causado es trascendente, es el mejor criterio con que cuenta el legislador para establecer los tipos penales*”²⁸⁷.

En efecto, la inclusión de un reproche penal a gestos o actos de carácter verbal no cumpliría con un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico-penal, el *principio de intervención mínima* o carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal²⁸⁸, desnaturalizándolo y transformándolo en un instrumento ineficaz, perdiendo al mismo tiempo su calidad de recurso de *última ratio*²⁸⁹.

c) Captación de imágenes o cualquier registro audiovisual

El inciso 3° del art. 494 ter propuesto sanciona el acoso sexual callejero consistente en la “*captación de imágenes, vídeos o cualquier otro registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de alguna parte de él*”, contra la voluntad de ésta, contemplando una sanción de multa de cinco a diez UTM, la cual puede aumentar a un rango de diez a veinte UTM en caso de divulgarse dicho registro por medios de difusión.

Nuestro Código Penal contempla un delito similar a la falta contenida en el inciso 3° del art. 494 ter: el delito contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia contenido en el artículo 161-A. Sin embargo, este último delimita su ámbito de aplicación a aquellos registros efectuados en “*recintos particulares o lugares que no sean de*

²⁸⁶GARRIDO M. Derecho penal. Parte general, ob. cit., p. 32.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 140.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 40.

²⁸⁹ *Ibíd.*, p. 41.

libre acceso al público"; de este modo, este delito vela por la protección de la intimidad o vida privada de las personas en espacios esencialmente privados, prescindiendo del elemento fundamental de las conductas constitutivas de acoso sexual callejero: su realización en el espacio público.

La falta de acoso sexual callejero contenida en el inciso 3° del art. 473 ter pone especial énfasis en el objeto a ser captado: al utilizar la palabra "*cuerpo*", la falta en cuestión busca evitar la *sexualización* y *objetivación* del cuerpo de las personas, el cual, en la mayoría de los casos, corresponde al cuerpo de mujeres, adolescentes y niñas²⁹⁰. Así, a diferencia del art. 161-A CP, más que proteger la intimidad o vida personal de las personas, se estaría protegiendo la posibilidad de cada individuo a no verse involucrado, sin su consentimiento, por otro individuo en un contexto o relación de significancia sexual²⁹¹, esto es, la libertad de autodeterminación sexual.

Dicho lo anterior y, al mismo tiempo, tomando en consideración la potencialidad con que debe contar la conducta típica de generar en la víctima *intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo* (art. 494 ter inc. 1°), nos encontraríamos frente a un tipo penal de carácter pluriofensivo: la falta contenida en el inc. 3° del art. 494 ter no sólo buscaría proteger la libertad de autodeterminación sexual sino que también la intimidad de las personas.

d) Acoso sexual callejero consistente en conductas físicas

La última conducta contenida en el art. 494 ter propuesto sanciona el acoso sexual callejero consistente en "*conductas físicas, tales como abordajes o persecuciones intimidantes, o bien por medio de actos de exhibicionismo, obscenos o de contenido sexual explícito*", contemplando una sanción de multa de 10 a 20 UTM.

Sin perjuicio de contar con un determinado significado cultural en ciertos sectores de nuestra sociedad, el sustantivo "abordaje" pareciera no transmitir un concepto unívoco. Asimismo, la sanción de una persecución intimidante pareciera adelantar la barrera de punibilidad, teniendo relación con un futuro delito de abuso sexual o violación. Así, no queda claro qué bien o valor es lo que busca proteger la sanción de dichos actos.

²⁹⁰ ARANCIBIA, Javiera et. al. *¡Tu piropo me violenta! Hacia una definición de acoso sexual callejero como forma de violencia de género*. Santiago: Revista Punto Género, 2017, n° 7, pp. 112-137.

²⁹¹ DÍEZ R., José Luis. *La protección de la libertad sexual*. 1ª ed., Barcelona, España: Casa Editorial Bosch SA, 1985, citado por RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 143.

Sin perjuicio de lo anterior, los actos de exhibicionismo, obscenos o de contenido sexual explícito parecieran condecirse con el bien jurídico de libertad de autodeterminación sexual (involucrar a alguien en un contexto o situación de índole sexual sin su consentimiento). Sin embargo, pareciera ser mejor utilizar una técnica legislativa menos detallada, evitando futuras lagunas de punibilidad; así, los actos obscenos o de contenido sexual explícito podrían subsumirse bajo el concepto de exhibicionismo.

e) Concursos

Respecto a la falta de acoso sexual callejero consistente en actos de carácter verbal o gestos, existiría un concurso aparente con el delito de ofensas al pudor (art. 373 CP) o la falta de ofensas al pudor (art. 494 N° 5 CP), el cual se resuelve mediante el principio de especialidad antes descrito a propósito de los concursos respecto al delito de acoso sexual callejero. Asimismo, tal como se señaló en el apartado antes mencionado, la presente falta buscaría proteger la libertad de autodeterminación sexual, en contraposición a aquel protegido por el delito-falta de ofensas al pudor o las buenas costumbres.

Por su parte, la falta de acoso sexual callejero contenida en el inciso 2° del art. 494 ter busca sancionar conductas que, bajo ciertos supuestos, podrían ser abarcadas por el delito de pornografía infantil (art. 366 quinquies CP). Este es el caso de aquella captación de imágenes, videos o de cualquier registro audiovisual de menores de 18 años que presente elementos pornográficos; sin perjuicio de lo anterior, cabe establecer que la captación de imágenes, videos o de cualquier registro audiovisual en el espacio público tiende a no cumplir con los requisitos típicos del delito de pornografía infantil contenido en el art. 366 quinquies CP, ya que, por regla general, se tienden a captar imágenes de zonas erógenas cubiertas por ropa²⁹².

En el supuesto en que una conducta resulte igualmente subsumible bajo ambos tipos penales, nos encontraríamos frente a un concurso ideal heterogéneo, el cual debe resolverse a favor del delito más grave, es decir, aquel que sanciona de manera más elevada la conducta (en base al sistema de absorción de penas consagrado en el art. 75 CP), en donde en el presente caso sería el delito de pornografía infantil contenido en el art. 366 quinquies CP.

²⁹² Por ejemplo, en aquellos casos en donde el hechor graba por debajo de uniformes escolares la ropa interior de niñas menores de edad en el transporte público; en este caso, la conducta debe ser subsumida bajo la falta propuesta.

Respecto a las conductas de carácter físicas como abordajes o persecuciones intimidantes y actos de exhibicionismo obscenos o de contenido sexual explícito, en caso de incluirse esta nueva falta, podría generarse un concurso ideal heterogéneo con el delito de exhibicionismo contenido en el art. 366 quáter inciso 1º²⁹³, en caso de ejecutarse actos de exhibicionismo, obscenos o de contenido sexual explícito frente a menores de 14 años. En este caso, deberá aplicarse la sanción más elevada entre los distintos tipos penales, por lo que debería aplicarse la pena del delito de exhibicionismo contenido en el art. 366 quáter CP, esto es, presidio menor en su grado medio a máximo.

3. Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia

En noviembre de 2016, ingresa a tramitación por mensaje de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, el Proyecto de Ley “sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, en donde dentro de sus objetivos se encuentra, en primer lugar, el *“mejorar las respuestas institucionales que hoy se ofrecen a las víctimas de violencia en contexto intrafamiliar, tanto a las mujeres, que constituyen el grupo a que este proyecto va fundamentalmente dirigido, como a otras personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.”*²⁹⁴

En segundo lugar, este proyecto busca *“contribuir a la generación de un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen, raíz de la violencia de género. No solamente ha de ser visto, entonces, como una respuesta al presente, sino también como una hoja de ruta para un futuro en que prime el respeto del derecho inalienable de las mujeres a una vida libre de violencia.”*²⁹⁵

Dicho proyecto de ley, dentro de una serie de modificaciones, a través de un inciso tercero al artículo 366 del Código penal²⁹⁶, propone sancionar las acciones sexuales descritas en el art. 366 ter sin la necesidad de concurrir alguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 (violación) y 363 (estupro), vista la insuficiencia del delito de abuso sexual actual, el cual *“excluye hechos de frecuente ocurrencia, como los actos de connotación sexual de que*

²⁹³ “Art. 366 quáter. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.”

²⁹⁴ Mensaje N° 307-364, p. 11.

²⁹⁵ Ibíd., p. 12.

²⁹⁶Ibíd., p. 40.

mujeres son víctimas en el ámbito de la educación o en los espacios públicos, que actualmente quedan impunes."²⁹⁷

Establecido lo anterior, respecto a los actos constitutivos de ASC que involucran contacto corporal, no cabe sino preguntarnos ¿en qué se diferencia el artículo 366 sexies propuesto en el proyecto de ley que busca tipificar el acoso sexual callejero del presente inciso tercero del art. 366 CP contenido en este nuevo proyecto?

Tal como se mencionó anteriormente, no queda claro cuál (o cuáles) requisito(s) típico(s) del delito de abuso sexual busca prescindir el art. 366 sexies propuesto: ¿Las circunstancias comisivas de los arts. 361 y 363 CP (manteniendo los requisitos del art. 366 ter CP)? ¿O las circunstancias comisivas de los arts. 361 y 363 y, al mismo tiempo, de ciertos elementos del art. 366 ter CP?

Dicho lo anterior, no cabe más que concluir la necesidad de precisar la conducta típica descrita en el art. 366 sexies propuesto, aclarando si efectivamente ésta busca prescindir sólo de las circunstancias comisivas contenidas en los artículos 361 y 363 CP (buscando sancionar el abuso sexual por sorpresa) o, además, de alguno(s) de los requisitos de la acción sexual contenida en el art. 366 ter CP.

Otro aspecto relevante del proyecto de ley es la inclusión de un nuevo artículo 494 ter, regulando la falta de acoso sexual sin contacto corporal, buscando sancionar la captación de registros audiovisuales de alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, el hostigamiento mediante actos o expresiones verbales de carácter sexual, como también actos de exhibicionismo o masturbación²⁹⁸.

Este artículo 494 ter propuesto no presentaría grandes diferencias con el artículo 494 ter propuesto en el proyecto de ley que busca tipificar el acoso sexual callejero; en efecto, ambos artículos, además de optar por la misma ubicación sistemática, buscan sancionar el acoso sexual consistente en la captación de imágenes videos o cualquier registro audiovisual

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 17.

²⁹⁸ *Artículo 494 ter.- Comete acoso sexual y será castigado con multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales el que incurriere en alguna de las siguientes conductas:*

1° Captar imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo o alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, salvo que los hechos sean constitutivos de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

2° Hostigar a otra persona mediante la exhibición de sus genitales o realización de acciones de masturbación en lugares públicos.

También comete acoso sexual el que hostigare a otra persona mediante gestos o expresiones verbales de carácter sexual explícito. En este caso, la pena será de una Unidad Tributaria Mensual."

del cuerpo o alguna parte del cuerpo de otra persona, el hostigamiento a otra persona mediante la exhibición de genitales o masturbación en lugares públicos, como también el acoso sexual consistente en actos verbales como no verbales (gestos). Asimismo, ambos proyectos buscarían sancionar las conductas antedichas con una pena de multa, sin perjuicio de establecer gradaciones distintas²⁹⁹.

Sin embargo, respecto a la falta de acoso sexual sin contacto corporal, pareciera ser mejor aquella descripción típica contenida en el proyecto de ley sobre el derecho las mujeres a vivir una vida libre de violencia, visto a cómo ésta prescinde de elementos subjetivos, como la necesidad o la capacidad de generar un determinado impacto subjetivo en la víctima (intimidación, degradación, humillación, entre otros).

Dicho lo anterior, no cabe sino concluir que la conducta típica descrita en las faltas de ASC propuestas a través de la inclusión de un futuro artículo 494 ter en el Código Penal, presentan una similitud suficiente como para considerar una tramitación única de dicha inclusión, vista la superposición de materias objeto de regulación.

²⁹⁹ Respecto al art. 494 ter propuesto en el boletín N° 9936-07, encontramos una pena de multa equivalente a una UTM para aquellos actos de carácter verbal o no verbales (gestos); una pena de 5 a 10 UTM para aquellos actos consistentes en la captación de imágenes o cualquier registro audiovisual del cuerpo o parte del cuerpo de una persona (sin perjuicio de agravación de la pena en caso de difusión de dicho registro) y, por último, una pena de multa entre 10 a 20 UTM para aquellas conductas físicas, consistentes en actos obscenos o de contenido sexual explícito. Por su parte, el art. 494 ter propuesto en el mensaje N° 307-364 establece una pena de multa de una UTM para aquellos actos de carácter verbal o no verbales (gestos) y, respecto a las otras conductas típicas, una multa de 5 a diez UTM.

Capítulo IV. La justificación de la tipificación del acoso sexual callejero

La criminalización de nuevos ámbitos de la vida en sociedad ha sido mirada con recelo por muchos autores contemporáneos. Esta nueva criminalización, también denominada como “expansión del Derecho Penal”, no sólo responde a una nueva valorización de ciertos intereses, como lo son la conservación del medioambiente, el normal desenvolvimiento de la economía de mercado (la comúnmente denominada “libre competencia”) o la probidad administrativa, sino que, al mismo tiempo, se profundiza la criminalización de ciertos atentados a bienes jurídicos ya existentes.

Es en esta última hipótesis donde se enmarca una posible criminalización de los actos constitutivos de ASC. Dicho lo anterior, ¿es la criminalización de las conductas constitutivas de ASC manifestación de dicho Derecho Penal en expansión? ¿Cuáles son las características de este “nuevo” Derecho penal? ¿Se ven éstas reflejadas en los tipos penales de ASC propuestos en el Proyecto?

1. El Derecho Penal en expansión

El fenómeno de la expansión del Derecho Penal ha sido objeto de estudio, discusión y crítica durante las últimas décadas; en efecto, distintos autores han intentado dar ciertas luces sobre las principales causas (y efectos) del presente fenómeno. Así, autores como Hassemer, Silva Sánchez y Díez Ripollés han buscado dar una respuesta a lo que ha sido caracterizado por algunos como un paulatino abandono de un supuesto “Derecho Penal clásico”, dando paso a uno de carácter “moderno”³⁰⁰.

1.1 Las causas del fenómeno expansivo

Dentro de algunas de las causas de este fenómeno expansivo por el cual atraviesa el Derecho Penal del Siglo XXI, podemos encontrar, a juicio de Silva Sánchez³⁰¹, las siguientes: En primer lugar, la aparición de nuevos bienes jurídicos – ya sea nuevos intereses o nuevas valoraciones de intereses preexistentes – en donde predominan aquellos de carácter difuso o colectivo, como la conservación del medioambiente, el derecho de los consumidores, entre

³⁰⁰ Así, Hassemer establece como principales características de su tesis del Derecho Penal “clásico”: i. El Derecho Penal “clásico” contaría con un “núcleo ideal”, el cual contiene los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad del Derecho Penal, siendo los delitos de lesión el tipo delictivo por antonomasia; ii. Éste núcleo ideal desaparece a una “velocidad creciente” en el Derecho Penal moderno; iii. Este alejamiento trae como consecuencia una serie de problemas para el Derecho Penal. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1992, vol. 5, pp. 236-237.

³⁰¹ SILVA S., Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2001, pp. 25-79.

otros. En segundo lugar, el autor señala la aparición efectiva de nuevos riesgos, lo que se traduce en lo que ha sido denominado por Ulrich Beck como la “sociedad del riesgo”³⁰², cuestión que, dada su relevancia, analizaremos con más profundidad posteriormente. En tercer lugar, encontramos la institucionalización de la inseguridad, con una resultante sensación de inseguridad, cuestión catalogada por Silva Sánchez como “*uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial*”³⁰³. En cuarto lugar encontramos lo que ha sido denominado por el autor como la configuración de una “*sociedad de sujetos pasivos*”, lo cual ha tenido como resultado la identificación de la mayoría social con la víctima del delito³⁰⁴; así, existiría una resistencia psicológica frente a la aceptación de riesgos “sin autor”, como lo son aquellos originados por un caso fortuito³⁰⁵, por ejemplo.

1.2 La sociedad del riesgo y el fenómeno del expansionismo

Sin embargo, a pesar de existir una serie de factores diferenciados que originan esta expansión por la cual atraviesa el Derecho Penal, podríamos decir que, de alguna u otra forma, la mayoría de las causas recién explicitadas son susceptibles de ser reconducidas a lo que denominamos anteriormente como la “sociedad del riesgo”.

En este sentido, Díez Ripollés caracteriza esta sociedad posindustrial (o del “riesgo”) a través de tres grandes aristas. En primer lugar, el autor establece cómo la puesta en práctica de nuevas tecnologías genera una serie de riesgos difíciles de anticipar, producto de fallos en el conocimiento o la experiencia humana a la hora de manejar estas nuevas técnicas o tecnologías. Por otro lado, la atribución de responsabilidad por dichos riesgos a determinadas personas o entidades resultaría cada vez más difícil, dada la inexistencia de criterios de distribución de riesgos que permitan satisfacer las exigencias de imputación de responsabilidad. Por último, el rol de los medios de comunicación a la hora de cubrir sucesos peligrosos o lesivos, infunde un sentimiento de inseguridad muchas veces injustificado³⁰⁶.

A su vez, Díez Ripollés sistematiza las vías mediante las cuales la política criminal responde a esta sociedad del riesgo. En primer lugar, existiría una ampliación de las esferas sociales bajo las cuales interviene el Derecho Penal, lo cual buscaría incidir o resolver ciertas

³⁰² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, María Rosa Borrás y Daniel Jimenez. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.

³⁰³ SILVA S., ob. cit., p. 32.

³⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 42-60.

³⁰⁵ *Ibíd.* pp. 45-46.

³⁰⁶ DIEZ R., José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 07-01, 2005, pp. 01:3-01:4. <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [Fecha de consulta: 18.12.2017]

problemáticas sociales características de las sociedades posindustriales: el medio ambiente, el orden socioeconómico, el tráfico ilícito de drogas, etc. En segundo lugar, existiría una especie apropiación del Derecho Penal por parte de ciertos grupos subalternos, la cual se caracterizaría principalmente por la persecución de la “criminalidad de los poderosos”, cuestión que podríamos ver reflejada en nuestro país por ejemplo, a través de la inclusión de un nuevo ilícito penal de colusión en 2016³⁰⁷. En tercer lugar, la preferencia de la herramienta punitiva en detrimento de otros instrumentos legales de control social, como el derecho civil o el derecho administrativo, cuestionando el principio de última ratio o subsidiariedad penal. Por último, vista la mayor dificultad de persecución penal de esta nueva criminalidad, se (re)acomodan los contenidos del derecho procesal penal, lo que se traduce en una flexibilización del sistema de imputación de responsabilidad y garantías del imputado³⁰⁸.

Es así como paulatinamente se perfila este Derecho Penal “moderno”, canalizando las nuevas exigencias de las sociedades posindustriales, en donde destacan los siguientes resultados³⁰⁹:

- El incremento de la criminalización de conductas que vulneran bienes jurídicos de carácter supraindividuales o colectivos;
- La preponderancia de delitos de mera actividad como también de los delitos de peligro, en detrimento de los delitos de lesión. En este sentido, Silva Sánchez señala que *“los delitos de lesión se muestran crecientemente insatisfactorios como técnica de abordaje del problema. De ahí el recurso cada vez más asentado a los tipos de peligro, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista (en términos de peligro presunto)”*³¹⁰;
- En estrecha relación con lo anterior, existe una anticipación del momento en que procede la intervención penal, eliminándose los espacios de riesgo permitidos;
- La introducción de modificaciones al sistema de imputación de responsabilidad, con el cual se admiten ciertas vulneraciones al principio de seguridad jurídica, al existir menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos, en conjunto con la

³⁰⁷ En agosto de 2016 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.945 que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, comúnmente denominada como Ley Anti Colusión, incluyendo sanciones penales para ciertas conductas de colusión, a través de la inclusión de los arts. 62 a 65 en un nuevo Título V (“De las Sanciones Penales”) en el DL N° 211 de 1973.

³⁰⁸ DÍEZ R., ob. cit., pp. 01:4-01:5.

³⁰⁹ Ibíd., p. 01:5.

³¹⁰ SILVA S., ob. cit., p. 30.

utilización de la técnica de las leyes penales en blanco. De este modo, se flexibilizan los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad.

Dicho lo anterior, Hassemer establece cómo estaríamos frente a un abandono del Derecho Penal “clásico”, el cual cuenta con las siguientes características³¹¹: i. Sólo pueden tipificarse aquellas conductas que impliquen la lesión de la libertad asegurada por el contrato social, siendo el bien jurídico un “*criterio negativo para la criminalización legítima*”³¹²; ii. Los límites de la renuncia de la libertad social “*deben ser absolutamente precisos e impenetrables*”³¹³, lo cual debe traducirse en el respeto de ciertos principios, como la prohibición de analogía y el principio de taxatividad; iii. El Estado, al ser una institución derivada de los ciudadanos, debe hacer uso de su poder en pos de los derechos de los ciudadanos; de aquello, se desprenden el derecho a la tutela judicial, a la defensa y los principios de proporcionalidad y subsidiariedad penal.

1.3 La sociedad del riesgo y el Derecho Penal simbólico

Tal como se señaló en el apartado n° 1.1, una de las causas del fenómeno de expansión por el cual atraviesa el Derecho Penal es la creciente sensación de inseguridad – muchas veces injustificada –por la cual atraviesan las sociedades posindustriales. En este sentido, Silva Sánchez atribuye dicha sensación, a tres aspectos concretos³¹⁴. En primer, lugar, la creciente dificultad de la población para adaptarse a sociedades en constante aceleración, en donde la actual “revolución de las comunicaciones” origina una sensación de aturdimiento o mareo en las personas, debido a la imposibilidad de dominar el curso de los acontecimientos, lo cual termina convirtiéndose en un sentir colectivo de inseguridad. En segundo lugar, existiría una dificultad para distinguir aquella información fidedigna o *auténtica* de la que no lo es, dado el exceso de información existente en la actualidad. Por último, esta aceleración no se restringiría al mundo de las comunicaciones, sino que es la vida misma la cual atraviesa por un proceso de constante aceleración; así, “[l]a lógica de mercado reclama individuos solos, móviles, pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral”, a lo que se ha unido una serie de

³¹¹ HASSEMER, ob. cit., p. 238

³¹² Ídem.

³¹³ Ídem.

³¹⁴ SILVA S., ob. cit., pp. 32-34.

cambios ético-sociales, lo cual produce “*un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas.*”³¹⁵

Es en base a esta sensación de inseguridad generalizada cómo comienza a aparecer una especie de apetito insaciable por la intervención del Estado, en particular, de la intervención del Derecho Penal, mediante la criminalización de aquellas conductas que representan riesgos intolerables para los individuos. De este modo, esta especie de fe ciega hacia la efectividad de la herramienta punitiva muchas veces da como resultado la inclusión de tipos penales no susceptibles de ser aplicados en la práctica, calmando el clamor popular por más intervención punitiva.

Dicho fenómeno, también denominado como Derecho Penal “simbólico”³¹⁶, se caracteriza, según Baratta, por “*la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tiene una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima.*”³¹⁷

Por otro parte, Hassemer, en su obra “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, establece cómo este carácter simbólico, la discrepancia entre las funciones manifiestas y latentes de la herramienta punitiva, no resulta suficiente para poder catalogarlo como un fenómeno negativo o peligroso³¹⁸. Así, éste se vuelve reprochable cuando la norma acarrea un elemento de engaño, de “*falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad.*”³¹⁹

De este modo, el Derecho Penal simbólico se caracteriza principalmente por la preeminencia de sus funciones latentes por sobre las manifiestas. Hassemer conceptualiza esta función manifiesta como “*las condiciones objetivas de realización de la norma, las que esta misma alcanza en su formulación*”, esto es, “*la protección del bien jurídico previsto en ella.*”³²⁰ Respecto a las funciones latentes, el autor entiende por éstas “*la satisfacción de una*

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 33.

³¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Medellín: Revista Nuevo foro penal, 1991, vol. 12, n° 51, pp. 17-30.

³¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*. En: BUSTOS R., Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 53.

³¹⁸ HASSEMER. *Derecho penal simbólico*, ob. cit., p. 24.

³¹⁹ *Ídem.*

³²⁰ *Ídem.*

“necesidad de actuar”³²¹, lo que se traduce, muchas veces, en el apaciguamiento de la población³²¹.

Así, nos encontramos frente a un Derecho Penal simbólico cuando existe una predominancia de las funciones latentes, en donde “los fines descritos en la regulación de la norma son – comparativamente – distintos de los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como esta se presenta.”³²²

2. Derecho Penal: ¿Una herramienta al servicio de las mujeres?

El presente apartado tiene como objetivo problematizar sobre la pertinencia de recurrir al Derecho Penal como herramienta de protección de las mujeres frente a conductas de significación sexual, como lo son los actos de ASC.

La presente interrogante no presenta una respuesta fácil. En efecto, desde el feminismo – o los feminismos – se han formulado distintas respuestas relativas al uso de la herramienta punitiva para hacer frente a la violencia que sufren día a día mujeres, adolescentes y niñas. Es así como algunas feministas han optado por hacer uso del Derecho Penal, al ser este último “una de las esferas principales de organización del poder, las feministas no deben rechazarlo sino luchar por un nuevo espacio de ejercicio del poder en este ámbito”³²³, rescatando no sólo su utilización *real*, sino que también simbólica³²⁴.

Sin embargo, otro sector del feminismo que ha optado por rechazar enfáticamente la utilización del Derecho Penal como herramienta de emancipación de las mujeres, destacando la postura de la criminóloga Elena Larrauri³²⁵, afirmando que una compatibilización epistemológica entre el discurso criminológico y el discurso feminista resultaría “absurda”³²⁶.

2.1 Género y Derecho Penal

El derecho ha sido reconocido como uno de los pilares discursivos fundamentales bajo el cual se asienta el control social en las sociedades modernas³²⁷. Es así cómo a través del

³²¹Ídem.

³²² Ibíd. p. 25.

³²³RODRÍGUEZ, Marcela. *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*. En: VV. AA. Birgin, Haydeé (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p. 143.

³²⁴ Ídem.

³²⁵ Véase LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

³²⁶ Ídem.

³²⁷ RODRÍGUEZ C., ob. cit., p. 137.

sistema jurídico, el Estado “*envía mensajes a la comunidad respecto de cuáles son las formas correctas de caracterizar las relaciones sociales*”, estableciendo cómo debe comportarse ésta, “*estableciendo cuáles son los derechos y las obligaciones de sus miembros.*”³²⁸

Pensar el derecho desde una perspectiva de género implica, fundamentalmente, entender la relevancia concreta de esta herramienta en la vida cotidiana de las mujeres³²⁹. Así, Rodríguez señala cómo el derecho parte de la concepción de que “*la pertenencia al género femenino o masculino son características ontológicas y no construcciones de la percepción, intervenciones culturales o identidades forzadas por el propio sistema social de jerarquías entre los sexos*”³³⁰. Es así como el derecho, mediante la objetivación de las estructuras sociales, ha permitido que la dominación masculina se nos presente como algo neutro o *invisible*, legitimando la asimetría de poder existente entre ambos géneros.³³¹

2.2 Los aportes del feminismo a la criminología crítica

La criminología crítica ha tenido como principal objetivo el analizar “*el control social que el sistema jurídico desarrolla a través del derecho penal.*”³³² Es así como la criminología crítica adopta como piedra angular la premisa de cómo el derecho penal, a pesar de autoproclamarse como un sistema basado en los principios de igualdad y de defensa de los intereses sociales, y su funcionamiento “*ha sido siempre selectivo no sólo en relación con el reclutamiento de su clientela sino también para la protección de ciertos intereses jurídicos*”³³³, lo que torna al sistema penal “*como uno de los principales mecanismos de conservación y reproducción de las relaciones de desigualdad y verticalización de la sociedad*”³³⁴

Es en este contexto en donde los estudios feministas realizan un aporte a la disciplina de la criminología crítica, ampliando su objeto de estudio, el cual se había centrado principalmente al surgimiento del capitalismo y las consecuentes relaciones de opresión en términos de clase; así, las criminólogas feministas logran incluir factores como la división entre lo público y lo privado, la violencia de género, la división sexual del trabajo, entre otros.³³⁵

³²⁸ Ídem.

³²⁹ Ídem.

³³⁰ *Ibid.*, p. 138.

³³¹ Ídem.

³³² *Ibid.* p. 140.

³³³ Ídem.

³³⁴ BARATTA, Alessandro. *Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*. Santiago de Compostela: Estudios Penales y Criminológicos, 1989, n° 11, citado por RODRÍGUEZ, Marcela, *ob. cit.*, p. 141.

³³⁵ RODRÍGUEZ, Marcela, *ob. cit.*, p. 141.

Sin perjuicio de lo anterior, pareciera persistir una contradicción entre el discurso de la criminología crítica y el discurso feminista. En este sentido, Zaffaroni señala cómo nuestra sociedad, una sociedad “corporativa y verticalizada”, asienta su poder jerarquizado sobre *tres vigas maestras*: el poder del *pater familiae*, el poder punitivo y, por último, el poder del saber *del dominus o ciencia señorial*.

En este sentido, el poder punitivo, *viga maestra* de la jerarquización verticalizante, es complementado principalmente por la discriminación y sometimiento de las mujeres al patriarcado, resultando esto último indispensable para el disciplinamiento social, corporativo y verticalizante de la sociedad³³⁶. Dicha necesidad imperativa de sometimiento de la mujer a la dominación del patriarcado encuentra su fundamentación en el rol con que contaba la mujer de *transmisora de la cultura*, debiendo eliminarse todos aquellos elementos paganos y disfuncionales que traían aparejados las mujeres³³⁷.

Es en alusión a lo anterior cómo el autor se muestra escéptico frente al hecho de que el derecho penal, poder jerarquizante de la sociedad por antonomasia, se convierta en el principal bastión de lucha contra la discriminación, siendo este poder inminentemente selectivo y discriminatorio.

Visto esto, ¿debe el movimiento feminista, movimiento intrínsecamente antidiscriminatorio, recurrir a una herramienta *intrínsecamente discriminatoria* como lo es el poder punitivo?

Zaffaroni rechaza el uso de la faz simbólica de la presente herramienta, uso legitimado por ciertas corrientes del feminismo³³⁸: La apelación a un derecho penal de carácter simbólico se encontraría en una contradicción insalvable con respecto a las reivindicaciones feministas³³⁹. Así, dicho escepticismo estaría fundamentado principalmente en cómo el poder punitivo, la pena, contaría con una función *tranquilizadora*, seleccionando a aquellos sujetos dotados de algún grado de subalternidad, en vista su baja valoración social. De este modo, en palabras del autor, el poder punitivo “*tiene un valor simbólico. Se ha observado que al utilizar personas para simbolizar incurre en una cosificación de seres humanos.*”³⁴⁰

³³⁶ *Ibíd.* p. 23

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ En este sentido, podemos encontrar la postura de SMAUS, Gerlinda. *Abolicionismo: el punto de vista feminista*. Revista No hay Derecho, vol. 3, n° 7, 1992, pp. 4-31.

³³⁹ ZAFFARONI, Eugenio. *El discurso feminista y el poder punitivo*. En: AA.VV. BIRGIN, Haydée (Comp.). *Las Trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, p. 36.

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 34

Por su parte, Smaus, en su obra “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, critica los postulados abolicionistas de la criminología crítica: si la criminalización de las clases subalternas *“asegura el poder de las clases altas, la falta de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado”*³⁴¹. De este modo, en opinión de Smaus, los postulados de los abolicionistas limitarían el rol de las mujeres en la esfera pública, relegándolas al mundo privado³⁴²; en efecto, Smaus señala como necesario el que las mujeres *“alcancen primero la situación que los abolicionistas quieren suprimir para, sólo entonces, poder discutir acerca de la prescindencia del derecho penal.”*³⁴³

Dicho lo anterior ¿deben las mujeres recurrir al Derecho Penal como herramienta de solución a las distintas manifestaciones de violencia de género ejercidas en su contra, como lo son, por ejemplo, los actos de ASC?

Zaffaroni nos entrega una postura más bien intermedia: el poder punitivo debe ser utilizado *siempre* como un recurso táctico, en la medida en que esto no obstaculice la estrategia de la lucha feminista. Así, el autor establece la innecesidad de recurrir al derecho penal simbólico, herramienta ligada, en opinión del autor, a discursos contrarios a los derechos humanos, característicos de políticas populistas y demagogos autoritarios.

3. Tipificar el acoso sexual callejero: ¿Una expresión de expansionismo y derecho penal simbólico?

Dicho lo anterior, cabe preguntarnos si efectivamente los tipos penales contenidos en el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero son manifestación de un derecho penal “vulgarizado” o simbólico, infringiendo aquellos principios que permean el ordenamiento jurídico penal, como lo es, por ejemplo, el principio de lesividad penal.

Tal como se señaló en el apartado n° 1.2, y, para efectos del presente capítulo, podemos esquematizar las características distintivas del derecho penal en expansión de la siguiente manera: La protección de bienes jurídicos supraindividuales; la preeminencia de los delitos de peligro; y, por último, la relativización de las garantías del proceso penal.

³⁴¹ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 143.

³⁴² Ídem.

³⁴³ Ídem

3.1 Bienes jurídicos supraindividuales

Tal como se señaló en el apartado nº 1.2, una de las principales características de esta moderna evolución por la cual atraviesa el Derecho Penal, es la *disolución* del concepto de bien jurídico, debido a la incorporación de “*objetos o fines de producción de carácter supraindividual o universal como un perfil tan difuso o vago que resulta difícil precisar sus contornos y designar con claridad el bien jurídico tutelado por la norma.*”³⁴⁴

Dicho lo anterior, cabe preguntarnos, ¿presenta, acaso, el bien jurídico protegido por los tipos penales propuestos en el proyecto, alguna de estas características? ¿Es la libertad sexual un bien jurídico *ajeno* a nuestro Código Penal actual?

Tal como se analizó en el Capítulo 2, el valor o interés vulnerado por el ASC es la soberanía con que cuenta todo individuo a no ser involucrado en un contexto de significación sexual en contra de su voluntad, lo cual se reconduce al bien jurídico de la libertad de autodeterminación sexual o libertad sexual. De este modo, el bien jurídico protegido por los tipos penales que sancionan actos de ASC contenidos en el Proyecto es preciso y susceptible de ser reconducido a una víctima determinada, lo cual lo convierte en un bien jurídico *individual*, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal en expansión, en donde, al protegerse bienes jurídicos *supraindividuales*, tiende a sancionarse “*la mera inobservancia de normas organizativas.*”³⁴⁵

Dicho lo anterior, como se verá más adelante, la sanción de aquellas conductas que atacan la libertad de autodeterminación sexual de los individuos persigue la efectiva protección de un bien jurídico, y no el mero mantenimiento de la vigencia de la norma³⁴⁶.

3.2 Los delitos de peligro

En lo relativo al tipo de afectación del bien jurídico protegido, establecimos cómo una de las principales herramientas del Derecho penal del riesgo³⁴⁷ está constituida por “*la creciente previsión de delitos de peligro, hasta el punto que ha llegado a calificarse el modelo de tipificación del delito de peligro abstracto como “tipo estándar” de las reformas penales*

³⁴⁴ MENDOZA B., Blanca. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. España: Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1999, vol. 52, nº 1, p. 293.

³⁴⁵ *Ibíd.*, p. 293.

³⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 293-294.

³⁴⁷ Denominación adoptada por Blanca Mendoza Buergo en su obra “Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal”, que, para efectos de este trabajo, asimilamos al concepto de “Derecho Penal en expansión”.

recientes.³⁴⁸ Dicho lo anterior, la presente reforma que busca sancionar determinados actos de ASC, ¿es una manifestación de dicho fenómeno?

Ya en el Capítulo 3 advertimos cómo todos los tipos penales que busca incluir el Proyecto sancionan la efectiva lesión de la libertad de autodeterminación sexual. Así, el delito de acoso sexual callejero contenido en el art. 366 sexies propuesto, sanciona la realización de una acción sexual que implique contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años, por lo que, entendiendo la libertad de autodeterminación sexual como el involucramiento no consentido de una persona en un contexto de significación sexual, la realización de la conducta típica sancionada por el presente delito significaría ya una lesión efectiva al bien jurídico.

Sin embargo, respecto a las conductas sancionadas como faltas bajo el art. 494 ter propuesto, debemos preguntarnos ¿importan los actos de exhibicionismo, la captación de imágenes con connotación sexual y los actos de carácter verbal y no verbal, un ataque efectivo al bien jurídico de la libertad sexual? ¿Son los actos de carácter verbal y no verbal conductas que ameritan un reproche penal?

Respecto a los actos de exhibicionismo y masturbación (art. 494 ter inc. 4°), establecemos que estos efectivamente importan una lesión efectiva al bien jurídico de la libertad sexual, al necesariamente producir éstos el involucramiento del sujeto pasivo de dichos actos en un contexto de significación sexual sin su consentimiento. Por su parte, aquellos actos de ASC consistentes en la captación de imágenes, videos o de cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de cualquier parte de él (art. 494 ter inc. 3°), a pesar de no traducirse en conductas de connotación sexual explícitas (en contraposición a la masturbación o exhibición de genitales), establecemos igualmente la existencia de un ataque directo al bien jurídico de libertad de autodeterminación sexual; lo anterior, en vista cómo lo relevante para efectos de determinar la lesividad de referido ataque es la persona de la víctima, el sujeto pasivo de dicha captación de imágenes o videos de connotación sexual. De este modo, en nuestra opinión, el despliegue de dicha conducta no es sino un involucramiento no deseado de una persona en una situación mediada por un claro impulso sexual del hechor, el cual queda demostrado por la mera ejecución de la conducta típica, esto es, captar imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona o de una parte de él sin su consentimiento, sin su consentimiento.

³⁴⁸ MENDOZA, ob. cit., pp. 296-297.

Sin embargo, respecto a aquellas conductas de ASC consistentes en actos verbales y no verbales (gestos) ¿importa realmente una lesión a la libertad sexual de quién es receptor(a) de dichos actos? ¿Cómo y en qué momento será delimitado el carácter sexual de dichos actos verbales y no verbales? Pareciera ser que la sanción de aquellas conductas contenidas en el art. 494 ter inc. 2° no sólo no importaría una lesión efectiva a la libertad sexual, vulnerando el principio de lesividad penal, sino que, al mismo tiempo, éste no cumpliría los estándares mínimos del principio de tipicidad y taxatividad penal, al no existir una clara delimitación de las conductas antedichas.

En conclusión, los actos verbales y no verbales sancionados bajo el art. 494 ter no implicarían necesariamente el involucramiento de un individuo en un contexto de significación sexual, no resultando procedente el recurrir al Derecho Penal para hacer frente a este tipo de conductas. Esto, en alusión a cómo dicha sanción entrañaría *“evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material.”*³⁴⁹

3.3 La relativización de las garantías del proceso penal

Cuando nos referimos al proceso de expansión del Derecho Penal, incluimos no sólo el derecho penal material o sustantivo, sino más bien al ejercicio del *ius puniendi* en general, incluyendo asimismo las etapas de la imposición de la pena como la ejecución de esta última.

El Proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero no incluye ningún tipo de modificación relativa a la aplicación de las instituciones jurídico-procesales aplicables a las etapas de imposición o ejecución de la pena.

La inclusión de los tipos penales propuestos por el Proyecto no implica una relativización de las garantías del proceso penal, resultando aplicables las disposiciones comunes contenidas en nuestro Código Procesal Penal.

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 299.

Conclusiones

1. El acoso sexual callejero puede ser definido como *“toda práctica con connotación sexual explícita o implícita que proviene de un desconocido, que posee carácter unidireccional, que ocurre en espacios públicos y tiene el potencial de provocar malestar en el/la acosado/a.”*³⁵⁰

Este fenómeno social es manifestación de violencia sexual y de género ejercido principalmente en contra de mujeres, adolescentes y niñas; así, la Convención Belém do Pará ha definido la violencia de género como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”*.

De este modo, la violencia ejercida en contra de las mujeres se manifiesta en las distintas esferas en donde la mujeres se desenvuelven en su vida cotidiana: la esfera privada y la esfera pública, siendo ambos espacios soportes físicos y culturales en donde *“se despliegan, viven y sufren estas violencias”*³⁵¹.

Sin perjuicio de ser ambas manifestaciones de violencia igualmente reprochables, la violencia ejercida en espacios públicos o de libre acceso al público adopta un cariz político distinto. El espacio público es producto de una construcción social *“donde se manifiestan y potencian relaciones de distinto orden; también las de subordinación entre las que se encuentra la de género.”*³⁵²

Así, esta construcción social se refleja de manera explícita mediante los actos de ASC, visto a cómo éstos exponen el cuerpo de la mujer a opiniones de desconocidos, referentes a características físicas de éste. De este modo, *“[e]n oposición al cuerpo del hombre, que se posiciona como sujeto dentro de todo el sistema patriarcal y su historia (...) [e]l cuerpo de la mujer aparece como objeto, que puede ser poseído y sobre el cual se puede opinar, denostar y hasta tocar, abiertamente.”*³⁵³

De esta manera, el ASC implica no sólo perjuicios psicológicos, emocionales, de

³⁵⁰ ARANCIBIA, Javiera et. al., *Dimensiones...*, ob. cit., p. 12.

³⁵¹ FALÚ, Ana. *Mujeres en la ciudad. De violencias y derechos*. En: Red Mujer y Hábitat América Latina. Santiago: Ediciones Sur, 2009, p. 16.

³⁵² *Ibíd.*, p. 24.

³⁵³ ARANCIBIA et. al., *Dimensiones...*, ob. cit., p. 10.

carácter individual, para la mujer, sino que, al mismo tiempo, se violenta la calidad de sujeto político de ésta. Respecto al temor sufrido por las mujeres producto de dichos actos de violencia, Falú establece que éste *“produce una suerte de “extrañamiento” respecto del espacio en que circulan, al uso y disfrute del mismo”* llegando a producir, en ciertos casos *“un retraimiento del espacio público, el cual se vive como amenazante, llegando incluso hasta el abandono del mismo, con el consiguiente empobrecimiento personal y social.”*³⁵⁴

2. La legislación actual en nuestro país resulta insuficiente a la hora de hacer frente al fenómeno social del acoso sexual callejero.

El acoso sexual es regulado en nuestro país a propósito del acoso sexual en el lugar de trabajo; sin embargo, no es posible sancionar los actos de ASC bajo este último, visto a cómo no existe una relación de carácter laboral entre el hechor y la víctima, requisito de la esencia del acoso sexual en el lugar de trabajo.

Frente a la presente insuficiencia, tanto Carabineros de Chile como nuestros Tribunales de Justicia han realizado una interpretación forzosa del delito-falta de ofensas al pudor (arts. 373 y 495 N°5 CP), como del delito de abuso sexual (arts. 365 bis y ss. CP) para sancionar las conductas constitutivas de ASC

Sancionar los actos constitutivos de ASC bajo el delito-falta de ofensas al pudor no resulta adecuado, visto a cómo este último protege valores o intereses distintos a aquellos vulnerados por el ASC, estos son, el pudor o las buenas costumbres. Asimismo, dichos valores o intereses protegidos por dicho delito-falta no se corresponden con la noción de bien jurídico de un Derecho Penal de un Estado democrático de derecho, visto a cómo éstos responden a una concepción del derecho penal sexual de corte moralista – encontrando sus cimientos en la teología moral escolástica – vulnerando al mismo tiempo el principio de lesividad penal, al no ser posible reconducir la afectación de un interés o valor de un individuo particular.

Así, el delito-falta de ofensas al pudor puede ser subsumido bajo la categoría de “delitos sin víctima”, los cuales se caracterizan por construirse *“en base a valores ideales o normas de conducta, sentimientos sociales, etc.”* De este modo, no sabemos qué bien jurídico protegen, *“ni tampoco si son delitos de lesión material o*

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 23.

*ideal, de mera actividad, de peligro, de resultado.*³⁵⁵

Dicho lo anterior, resulta del todo equivocado entender el fenómeno social del ASC como un atentado al pudor y/o las buenas costumbres, debiendo ser la mujer el foco de atención en la presente problemática social, siendo ésta la principal víctima de esta manifestación de violencia de género en los espacios públicos.

Por su parte, el delito de abuso sexual resulta igualmente insuficiente, dadas las exigencias típicas contenidas en el art. 366 ter CP, esto es, que la acción sexual sea relevante, involucrando contacto corporal o la afectación de zonas erógenas de la víctima; así, catalogar los actos constitutivos de ASC -como lo son los coloquialmente denominados “tocamientos” o “manoseos”- como actos constitutivos de abuso sexual, bajo la actual redacción de los tipos penales de abuso sexual, resulta forzoso, debiendo tener en consideración la rigurosidad de los tribunales de justicia al subsumir conductas constitutivas de abuso sexual bajo los tipos penales de abuso sexual. Asimismo, aquellas conductas constitutivas de ASC que no involucran contacto corporal quedan derechamente fuera del ámbito de aplicación del presente delito.

Respecto al bien jurídico vulnerado por los actos de ASC, establecemos que éste es la libertad sexual, sin distinguir entre menores y mayores de edad.

Lo anterior encuentra como fundamento el que una sociedad democrática de derecho debe asegurar que los comportamientos sexuales *“tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad*³⁵⁶”. Así, para Díez Ripollés, lo anterior explicaría que no exista obstáculo *“en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad.*³⁵⁷

³⁵⁵ OXMAN V., ob. cit., p. 44.

³⁵⁶ Díez R., José Luis. *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 6, España, 2000, p. 69.

³⁵⁷ Ídem.

Por otro parte, la elección de la libertad sexual como bien jurídico a ser protegido por los delitos sexuales, en palabras de Díez Ripollés, constituye *“un avance indudable, y no sólo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer su sexualidad, que se encontraban íntimamente entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva.”*³⁵⁸

3. Resultando nuestro ordenamiento jurídico insuficiente para hacer frente al fenómeno social del acoso sexual callejero, resulta pertinente legislar y sancionar algunas de sus manifestaciones. Es así como el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero ingresado a tramitación en 2015, debe ser reconocido como un avance importante en la materia, encaminando al Estado de Chile hacia la protección de las mujeres, adolescentes y niñas que día a día sufren actos de acoso sexual en los espacios públicos.

Sin perjuicio del presente reconocimiento, el Proyecto presentado presenta una serie de reparos: descripciones vagas de las conductas típicas a ser sancionadas; exigencias de carácter subjetivas, como la generación de un determinado impacto en la síquica en la víctima; imprecisiones a la hora de especificar las sanciones aparejadas (vulnerando el principio de tipicidad); una elección errónea relativa a la ubicación sistemática de los nuevos tipos penales de acoso sexual callejero, entre otros. De este modo, a pesar de dar un puntapié inicial, el Proyecto de ley tal como se presenta en 2015 cuenta con una serie de falencias, siendo algunas de éstas posteriormente resueltas durante su tramitación.

El Proyecto de ley actual contempla la sanción de actos constitutivos de acoso sexual callejero a través de dos artículos: el artículo 366 sexies, el cual incluye el delito de acoso sexual callejero, sancionando actos de ASC que involucren contacto corporal con una pena de presidio menor en su grado mínimo, y el artículo 494 ter, el cual incluye la falta de acoso sexual callejero, estableciendo distintas modalidades comisivas, a saber: ASC consistente en actos verbales como no verbales; el ASC consistente en la captación de imágenes, videos o registro audiovisual del cuerpo de

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 95.

otra persona o de alguna parte de él; el ASC consistente en actos como abordajes intimidantes, exhibicionismo o masturbación, persecución a pie o en medios de transporte.

El artículo 366 sexies actual contempla como sujeto pasivo de la conducta típica a personas mayores de 14 años, entendiendo que aquellas menores de 14 años quedan protegidas bajo el artículo 366 bis (abuso sexual impropio). Sin embargo, bajo la definición de acción sexual contenida en el artículo 366 ter, esto es, acto de significación sexual y “relevancia”, realizado mediante “contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales el ano o la boca, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”, los actos constitutivos de ASC realizados en contra de menores de 14 años no resultarán punibles bajo nuestro ordenamiento jurídico-penal.

De este modo, el artículo 366 sexies propuesto debe eliminar la distinción etaria incluida, debiendo establecer un sujeto pasivo indeterminado.

Asimismo, el artículo en cuestión incluye como requisito objetivo la provocación de “*intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo*” en la víctima, requisito que debiese ser eliminado, objetivando la conducta, visto a como esto dificultará la efectiva punición de las conductas típicas contenidas en la disposición.

Por su parte, el artículo 494 ter, que tipifica la falta de acoso sexual callejero, cuenta con una serie de reparos: primero que nada, éste comienza definiendo el concepto de ASC prescindiendo de la palabra *callejero*, estableciendo que comete “*acoso sexual el que...*”, lo que podría generar futuras confusiones. Asimismo, en su inciso segundo, se sancionan no sólo actos de hostigamiento de carácter verbal, sino que también aquellos que se ejecuten “por medio de gestos.” No pareciera correcto recurrir al Derecho Penal para sancionar conductas de acoso sexual callejero de carácter verbal y no verbal, visto a que éstas no importan realmente una lesión efectiva del bien jurídico protegido, esto es, la libertad sexual.

4. Bajo una política criminal orientada a sancionar aquellas conductas que vulneren de manera efectiva bienes jurídicos de carácter individual, lo cual se traduce en el principio de exclusiva protección del bien jurídico, sumado al respeto de los principios de lesividad, taxatividad y tipicidad, los tipos penales propuestos en el Proyecto son

mirados con aceptación, a excepción de los actos constitutivos de acoso sexual callejero de carácter verbal y no verbal contenidos en el art. 494 ter propuesto.

Esto en base a cómo el Derecho Penal debe ser una herramienta susceptible de ser apropiada por las mujeres a la hora de hacer frente a las manifestaciones de violencia de género sufridas por éstas, como lo son las conductas de ASC. Así, la criminalización del acoso sexual callejero no es susceptible de ser catalogado como una manifestación del fenómeno de expansión del Derecho Penal, bajo la caracterización establecida en el Capítulo IV, visto a que los tipos penales propuestos buscan proteger una efectiva lesión a un bien jurídico de carácter individual, esto es, la libertad sexual; asimismo, tampoco se relativizan las garantías del proceso penal.

La tipificación de conductas constitutivas de ASC que involucren contacto corporal, como actos de exhibicionismo de genitales, masturbación o la captación de imágenes, videos o de cualquier registro audiovisual del cuerpo de una persona o de alguna parte de él no constituyen una manifestación de lo que ha sido denominado como Derecho Penal en expansión o del “riesgo”; esto, en base a cómo los tipos propuestos en el Proyecto presentan bienes jurídicos de carácter individual, que importan una lesión efectiva a un determinado valor o interés, como lo es la libertad de autodeterminación sexual; asimismo, los tipos penales propuestos (a excepción de las conductas de ASC de carácter verbal y no verbales, es decir, mediante gestos), al importar una lesión efectiva del bien jurídico, no adelantan la barrera de punibilidad de la intervención del Derecho Penal, cuestión que ha sido objeto de crítica por la dogmática penal de las últimas décadas.

BIBLIOGRAFÍA

A. Autores

1. ARANCIBIA, Javiera et. al. *¡Tu piropo me violenta! Hacia una definición de acoso sexual callejero como forma de violencia de género*. Santiago: Revista Punto Género, 2017, n° 7, pp. 112-137.
2. ARANCIBIA, Javiera et. al. *Acoso Sexual Callejero: Contexto y Dimensiones*. Observatorio Contra el Acoso Callejero, Chile, 2015.
3. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*. En: BUSTOS R., Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.
4. BARATTA, Alessandro. *Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*. Santiago de Compostela: Estudios Penales y Criminológicos, 1989, n° 11.
5. BASCUÑÁN R., Antonio. *Acoso sexual y derecho penal*. Santiago: Derecho y Humanidades, 1997, n° 5, pp. 7-20.
6. BASCUÑÁN R., Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. Valdivia: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 1997, pp. 7-19.
7. BASCUÑÁN V., Antonio. *El Delito de Abuso Deshonestos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961.
8. BASCUR R., Gonzalo. *La mujer como (eventual) autora de un delito de violación* [En línea] Santiago: Ars Boni et Aequi, 2016, vol. 12, n° 1, p. 75. <<http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/4>> [Fecha de consulta: 11.12.2017]
9. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, María Rosa Borrás y Daniel Jimenez. Barcelona: Editorial Paidós, 1998.
10. BOURDIEU, Pierre. *La Dominación Masculina*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000.

11. BULLEMORE, Vivian; MCKINNON, John. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2005.
12. BUSTOS R., Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ªed. Barcelona: Editorial Ariel SA, 1994.
13. CARRASCO OÑATE, Celina; LÓPEZ VEGA, Patricia. *Acoso sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias*. [En línea] Santiago: Dirección del Trabajo, 2009. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-97214_recurso_1.pdf> [Fecha de consulta: 26.12.17]
14. CURY, Enrique. *La prevención especial como límite de la pena*. Santiago: Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1988, n° 3, vol. 41.
15. DIEZ R., José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*. [En línea]. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, n° 07-01, pp. 01:3-01:4. <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [Fecha de consulta: 18.12.2017]
16. DÍEZ R., José Luis. *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 6, España, 2000.
17. DÍEZ R., José Luis. *La protección de la libertad sexual*. 1ª ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch SA, 1985.
18. DINTRANS, Qhannie. *Acoso Sexual en Chile: Sobre la necesidad de legislar en materia penal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
19. FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Feminismo, género y patriarcado*. [En línea] Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, 2005, n° 6, 2005, pp. 259-294. <<http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/handle/123456789/122>> [Fecha de consulta: 26.12.17].
20. FALÚ, Ana. *Mujeres en la ciudad. De violencias y derechos*. En: Red Mujer y Hábitat América Latina. Santiago: Ediciones Sur, 2009.

21. GARCIA C., Ramón. *Crítica a la teoría de los sistemas*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1979.
22. GARRIDO M., Mario. *Derecho penal. Parte especial. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
23. GARRIDO M., Mario. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
24. GARRIDO M., Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
25. GRANT B., Cynthia. *Street harassment and the informal ghettoization of women*. [En línea] Harvard Law Review, 1993, pp. 517-580. <<https://goo.gl/HSMCYp>> [Fecha de consulta: 27.12.17]
26. GUTEK, Barbara; MORASCH, Bruce. *Sex-ratios, sex-role spillover, and sexual harassment of women at work*. Journal of Social Issues, 1982, vol. 38, n° 4.
27. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Revista Nuevo foro penal, 1991, vol. 12, n° 51.
28. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1992, vol. 5, pp. 236-237.
29. HENAO CARDONA, Luis Felipe. *¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?* Bogotá: Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2004, vol. 6, n° 2.
30. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Valdivia: Revista de Derecho, 2003, vol. 14.
31. HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

32. JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
33. LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
34. LERNER, Gerda. *The creation of patriarchy*. Oxford University Press, EE.UU., 1986.
35. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1998.
36. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV*. Traducción de José Ortega Torres. Bogotá: Editorial Temis.
37. MALDONADO F., Francisco. *Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales*. En VV.AA: Problemas actuales de Derecho Penal. Temuco: Imprenta Austral.
38. MAÑALICH R., Juan Pablo. *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas*. Talca: Revista Ius et Praxis, 2014, n° 2.
39. MAZZANTI, Manlio. *L'osceno e il diritto penale*. Milán: Editorial Dott. A. Giuffrè, 1962.
40. MENDOZA B., Blanca. *Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal*. España: Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1999, vol. 52, n° 1, 279-322.
41. ORTS BERENQUER, Enrique. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1995.
42. OXMAN V., Nicolás. *¿Qué es la Integridad sexual?* Iquique: Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, 2008, n° 8.
43. POLITOFF L., Sergio et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

44. POLITOFF L., Sergio, et. al. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
45. RODRÍGUEZ C., Luis. *Delitos sexuales*. 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.
46. RODRÍGUEZ, Marcela. *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*. En: VV. AA. Birgin, Haydeé (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
47. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito:(elementos del delito en base a la política criminal)*. Traducido por: Juan Bustos R. y Hernán Hormazábal M. Barcelona: Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1992.
48. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal* .Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1972.
49. SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: Estudios en honor de Claus Roxin*. Barcelona: Editorial Tecnos, 1991.
50. SILVA S., Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2002.
51. SILVA S., Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2001.
52. SMAUS, Gerlinda. *Abolicionismo: el punto de vista feminista*. Buenos Aires: Revista No hay Derecho, 1992, n° 7, vol. 3, pp. 4-31.
53. TOLEDO, Patsilí. *Ley N° 20.005 sobre Acoso Sexual en Chile*. Santiago: Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006, n° 2.
54. TUERKHEIMER, Deborah. *Street harassment as sexual subordination: The phenomenology of gender-specific harm*. Wisconsin: Wisconsin Women's Law Journal, 1997, vol. 12, pp. 167-206.

55. YOUNG, Iris Marion. *On Female Body Experience. "Throwing like a Girl" and other Essays*. Oxford University Press, 2005.
56. ZAFFARONI, Eugenio. *El discurso feminista y el poder punitivo*. En: AA.VV. BIRGIN, Haydée (Comp.). *Las Trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000.

B. Documentos de instituciones

1. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), 1994.
2. UNICEF. Grupo Interagencial de Género del Sistema de las Naciones Unidas en México. *Violencia de Género: Un obstáculo para el cumplimiento de los Derechos de las Mujeres* [En línea] Ficha Informativa sobre Género y Desarrollo N° 3. <http://www.cinu.org.mx/gig/Documentos/ViolenciaDeGenero.pdf> [Fecha de consulta: 27.12.17]
3. SERNAM. *Estudio Acoso y Abuso Sexual en Lugares Públicos y Medios de Transportes Colectivos* [En línea] Departamento de Estudios y Capacitación, Chile, 2012. <<http://estudios.sernam.cl/?m=e&rel=6>> [Fecha de consulta: 27.12.17]
4. OIT. *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*. 2ª Ed. Ginebra, 2008.
5. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Legislatura 363, Sesión 4ta, 18 de marzo de 2015.
6. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Oficio N° 53/2015 de la Corte Suprema, sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero, Boletín N° 9936-07.
7. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en los Proyectos de Ley refundidos que modifican el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, Boletines N°S 7606-07 y

9936-07. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional.
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18406&prmTIPO=INFORMEPLY>>
[Fecha de consulta: 22.11.2017]

8. MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico Anual, Enero-Diciembre 2016.
[En línea] <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

C. Fuentes jurisprudenciales nacionales

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Causa N° 105/2008, 11.07.2008.
2. Corte de Apelaciones de Concepción. Causa N° 942/2016, 13.12.2016.
3. Corte de Apelaciones de Copiapó. Causa N° 105/2008, 11.07.2008.
4. Corte de Apelaciones de San Miguel. Causa N° 1093/2014.
5. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 1458/2016, 02.06.16.
6. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 1663/2011, 26.09.11.
7. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2153/2008, 05.12.08.
8. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2605/2012, 12.11.12.
9. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2605/2012, 12.11.12.
10. Corte de Apelaciones de Santiago. Causa N° 2862/2010, 01.04.11.
11. Corte de Apelaciones de Talca. Causa N° 706/2016, 17.10.16.
12. Corte de Apelaciones de Valdivia. Causa N° 308/2012, 17.07.12.
13. Corte de Apelaciones de Valdivia. Causa N° 308/2012, 17.07.2012.
14. Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N° 2953, 04.10.16.

D. Iniciativas legislativas

1. CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que Deroga el Artículo 373 del Código Penal. Boletín N° 5565-07 [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<https://goo.gl/h7Dra1>> [Fecha de consulta: 27.12.2017]
2. CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero. Boletín N° 9936-07 [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=10360&tipodoc=mensaje_mocion> [Fecha de consulta: 20.11.2017]
3. CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley que tipifica el delito de acoso sexual en público. Boletín N° 7606-07. [En Línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8002&prmBoletin=7606-07> [Fecha de consulta: 03.12.2017]
4. CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Boletín N° 11077-07. [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBoletin=11077-07> . [Fecha de consulta: 03.11.2017].
5. CÁMARA DE DIPUTADOS. Proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia [En línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mensaje N° 307-364, Santiago, 24.11.16. <<https://goo.gl/4kBWDZ>> [Fecha de consulta: 27.12.17]

E. Cuerpos normativos nacionales

1. Código Penal.
2. Código Procesal Penal.

3. Código del Trabajo.

F. Legislación internacional

1. BÉLGICA. Ley para combatir comportamientos sexistas en la esfera pública [En línea] < <https://goo.gl/eNxNEq> > [Fecha de consulta: 27.12.17]
2. Código Penal de Bélgica. [En línea] <https://goo.gl/wW7sJF> [Fecha de consulta: 27.12.17]
3. PERÚ. Ley N° 30.314, para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos. [En línea] < https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_per_ley30314.pdf > [Fecha de consulta: 27.12.17]

G. Páginas web

1. Página web OMS: <<http://www.who.int/topics/gender/es/>> [Fecha de consulta: 26.12.17]
2. Página web OCAC: <www.ocac.cl> [Fecha de consulta: 26.12.17]