



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LA VIOLACIÓN GENÉRICA O EL ACCESO CARNAL NO CONSENTIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MILENA TRINIDAD CONTRERAS VARGAS

Profesor guía: Gabriel Zaliasnik Sch.

Santiago

2022

Índice

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO 1.HISTORIA DEL DELITO DE VIOLACIÓN	9
1.1 EL PAPEL DE LA MUJER EN LOS ORÍGENES DE ROMA	10
1.2 EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL DERECHO VISIGODO	13
1.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA EDAD MEDIA	14
1.4 LA VIOLACIÓN COMO MÉTODO DE CONQUISTA	17
1.5 LA VIOLACIÓN EN CHILE COLONIAL.....	18
1.6 LA VIOLACIÓN EN EL SIGLO XIX Y XX.....	20
1.7 DEMANDA POR UN CAMBIO CULTURAL Y LEGISLATIVO	21
CAPITULO 2. CONSAGRACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN PROPIA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	24
2.1 ANTECEDENTES	24
2.1.1 <i>Ley 19.617</i>	25
2.1.2 <i>Ley 19.927</i>	26
2.1.3 <i>Ley 20.480</i>	26

2.2	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA.....	26
2.3	ESTUDIO DEL TIPO PENAL (ARTÍCULO 361 CÓDIGO PENAL)	29
2.3.1	<i>Tipo objetivo</i>	31
2.3.2	<i>Iter criminis</i>	41
2.3.3	<i>Autoría y Participación</i>	42
2.3.4	<i>Faz subjetiva del delito de violación</i>	43
 CAPITULO 3. VIOLACIÓN GENÉRICA O ACCESO CARNAL NO CONSENTIDO EN DERECHO COMPARADO		45
3.1	CONSENTIMIENTO	45
3.2	DERECHO COMPARADO	47
3.2.1	<i>Alemania</i>	48
3.2.2	<i>Suecia</i>	53
3.2.3	<i>España</i>	63
 CAPITULO 4. LA VIOLACIÓN GENÉRICA O ACCESO CARNAL NO CONSENTIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO		69
4.1	DOCTRINA EN CHILE RESPECTO AL DELITO DE VIOLACIÓN GENÉRICA	69
4.1.1	<i>Delito de estupro (artículo 363 Código Penal)</i>	70
4.1.2	<i>Consagración del abuso por sorpresa o maniobra que no suponga consentimiento (inciso tercero artículo 366 Código Penal)</i>	72
4.2	PROYECTO DE LEY.....	73

4.2.1	<i>Descripción del proyecto</i>	74
4.2.2	<i>Comparación actual artículo 361 con proyecto de ley</i>	74
4.2.3	<i>Análisis crítico del proyecto de ley</i>	87
	CONCLUSIONES	89
	BIBLIOGRAFÍA	92
	JURISPRUDENCIA	96

*A mi familia y amigos, por su
incondicional apoyo y amor.*

RESUMEN

El proyecto de ley presentado el año 2018 sobre la reforma del artículo 361 del Código Penal busca construir el delito de violación bajo la ausencia de consentimiento. El objetivo del presente trabajo es investigar si las hipótesis que busca contemplar la modificación al Código Penal estaban ya cubiertas por la actual legislación. Esto se realizará a través de un estudio de la violación a través de la historia, para luego examinar la actual normativa y hacer un análisis a través del Derecho Comparado, y finalmente se expondrá qué es lo que ha dicho la doctrina respecto a esta problemática, haciéndose un análisis crítico del Proyecto de Ley “sin consentimiento es violación”. Esta reforma al Código Penal contempla expresamente hipótesis que bajo la actual legislación queda la duda de si están comprendidas. No obstante, para que pueda ser aplicable esta propuesta, se requiere de una modificación integral de la tipificación de los delitos sexuales.

ABSTRACT

The Bill presented in 2018 about the reform of the article 361 of the Penal Code seeks to build the crime of rape under the absence of consent. The objective of the present work is to investigate if the hypotheses that the modification of the Penal Code seeks to contemplate were already covered by the current legislation. This analysis will be carried out with the study of rape through history, to then examine the current regulations and make an analysis through Comparative Law, and then to finally examine what the doctrine has said regarding this problem and critically analyze the Bill “without consent it’s rape”. This reform to the Penal Code expressly contemplates hypotheses that under the current legislation the doubt remains as to whether they are included. However, for this proposal to be applicable, it requires a comprehensive modification of sexual crimes.

INTRODUCCIÓN

Entre el año 2010 y 2018 han existido en Chile 174.431 denuncias por delitos sexuales. Según los porcentajes cada día 12 mujeres y 1 hombre son víctimas de algún tipo de violación. De estas denuncias, conocidos y familiares representan el 68% de todos los perpetradores de agresiones sexuales. (MILES, 2019) De lo anterior, es posible desprender que los delitos sexuales en Chile son una realidad que necesita ser tratada en virtud del alto número de denuncias y la gravedad que revisten estos delitos, que la mayoría de las víctimas son mujeres y que la mayor parte de los agresores son familiares.

Los delitos sexuales son *“todos aquellos actos que atentan contra la libertad sexual y la indemnidad sexual de las personas, independientemente de su edad, estrato social, raza, etnia o nacionalidad”* (Cavada pág. 2) Estos se encuentran tipificados en el Título VI del Libro II del Código Penal chileno, titulado *“Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”*.

Dentro de los delitos sexuales se encuentra la violación, considerada de los tipos penales más gravosos por el desvalor de la conducta que implica la objetivación de una persona para satisfacer los deseos sexuales de un otro. De las cifras anteriormente descritas, queda de manifiesto que, por lo menos, 13 personas son violadas en un día, de las cuales 12 son mujeres. Esto deja entrever un sistema de dominación que ha existido sobre la mujer, que utiliza la violencia como pilar para marcar la estructura social en que ella ocupa un rol secundario. Es por este motivo que el presente trabajo estará estrictamente enfocado desde el punto de vista de la mujer como víctima, ya que es ella quien a lo largo de la historia ha sido la principal lesionada y denigrada con estas transgresiones.

Por otro lado, es sorprendente y lamentable la otra conclusión que a la que se llegó con los datos anteriormente registrados, es que la mayor parte de los agresores de delitos sexuales son familiares. Esto irrumpe con el típico pensamiento de que una persona será

víctima de esta clase de delitos en un callejón oscuro por un desconocido a través de la violencia, sino muy por el contrario, puesto que ocurre dentro de las mismas casas, en la “comodidad del hogar”. Es por esta razón que surge la interrogante sobre de si todos estos delitos son cometidos a través de las modalidades descritas en el artículo 361 del Código Penal, es decir, violencia física, intimidación, privación de sentido o incapacidad para oponerse y enajenación mental, o si pueden ser cometidos simplemente a través de la ausencia del consentimiento de la víctima, es decir, sin concurrir ninguna de las modalidades que el artículo contempla expresamente.

Y de lo anterior es que aparece otra pregunta, y es qué sucede si los hechos que parecieran revestir el carácter delictivo son cometidos sin haber consentimiento de la víctima, no concurriendo las modalidades tipificadas, ¿serían esos hechos punibles bajo la actual legislación?

De esta forma, teniendo en consideración que la violación es el tipo penal de mayor gravedad dentro de los delitos sexuales, al que a su vez se remiten estos mismos tipos penales, es que en esta tesis se abordará el delito de violación; para acotar su estudio se analizará la violación propia, es decir, aquel acceso carnal que tiene como víctima a una persona mayor de 14 años.

Es por estos motivos que la hipótesis sobre la cual se trabajará dice relación con si es necesario un Proyecto de Ley que incorpore expresamente estas situaciones donde existe exclusivamente ausencia de voluntariedad. Este supuesto se comprobará a través de un análisis del Proyecto de Ley que se encuentra en el Congreso para ser aprobado.

De este modo, el presente trabajo se estructurará de la siguiente manera; en el primer capítulo se realizará un recuento de la historia del delito de violación para poder comprender los orígenes del actual modelo que se encuentra vigente en el Código Penal; en el segundo capítulo, se examinará cómo se ha estructurado y consagrado el delito de violación propia en

Chile; el tercer capítulo consistirá en un estudio de legislación comparada ; y por último, en el cuarto capítulo, se verá qué ha dicho la doctrina respecto a la ausencia de consentimiento en Chile y se analizará críticamente el Proyecto de Ley que modifica el artículo 361 del Código Penal.

CAPITULO 1. HISTORIA DEL DELITO DE VIOLACIÓN

A lo largo de la historia, la violación ha acompañado al hombre como uno de los crímenes más atroces que pueden ser cometidos en contra de otra persona. Sin embargo, no siempre hubo regulación jurídica que lo tipificara, y una vez que se estableció una, esta fue cambiando de forma considerable, en concordancia a la modificación del bien jurídico que protegía.

En los inicios de la historia del hombre no se tiene registro de esta clase de conducta, sin embargo, es posible suponer que al no existir ninguna regla que impida estos comportamientos, de ocurrir, estos no eran actos moralmente reprobados. Además, para llegar a ser una conducta socialmente reprobada, tiene que haber ocurrido en repetidas ocasiones

Con el surgimiento de sociedades organizadas, la violación lentamente comenzó a ser rechazada por la comunidad, reconocida como delictiva por los ordenamientos legales, y por ende, perseguida por el poder punitivo del Estado.

No obstante, en las últimas décadas, la humanidad comenzó a evolucionar en distintos aspectos, no estando exento de ellos el delito de violación y el rol de la mujer dentro de la sociedad.

La tipificación del delito de violación sigue un modelo que es histórico, basado en la coerción. Es por este motivo que, para poder entender la tipificación actual del delito, es menester adentrarse efectuando un breve recorrido por el pasado de este tipo penal, cómo se configuraba en aquellos tiempos, y su evolución a lo largo de la historia.

1.1 El papel de la mujer en los orígenes de Roma

Por miles de años la mujer y el hombre tuvieron roles igualmente relevantes en el funcionamiento de la dinámica de sobrevivencia humana que, aunque distintos, ella recolectora y él cazador, era una relación de pares, que necesitaban mutuamente del otro para funcionar.

Pero desde los orígenes de la civilización romana, durante los períodos de **Monarquía** y la **República**, se va relegando a la mujer a un rol secundario, sometiéndola a diversas obligaciones de las que el hombre era liberado y, además, otorgándole una cantidad considerablemente menor de libertades de las que su contraparte gozaba, lo que la termina por dejar en un espacio de actuación social y cultural considerablemente más reducido. (Rodríguez Ortiz, 1997)

En el marco de lo anteriormente expuesto, una de las obligaciones más importantes de la mujer en aquella sociedad, de la cual dependía su virtud y la de sus familiares, era la castidad. Esta consistía en que antes del matrimonio no debía haber mantenido ninguna relación carnal, y después del matrimonio, solo debía mantener relación con su marido, y estrictamente para fines reproductivos. Mientras que mantuviese esta condición, conservaría su pureza y su **honorabilidad**, su mayor virtud; incluso podría decirse la única, ya que una vez que esta se veía mancillada, la mujer perdía todas las cualidades que poseía. De esta forma, la mujer debía mantener una imagen prudente, moderada y dedicarse principalmente a las actividades domésticas, estando su sexualidad destinada únicamente a engendrar hijos para su esposo y ciudadanos para la República. (Rodríguez Ortiz, 1997)

En contraposición, el hombre libre podía mantener relaciones sexuales con quien quisiese, siempre y cuando no supusiera una ofensa al honor de otros hombres libres (la pérdida de la castidad de una mujer suponía la pérdida de honorabilidad de ella, como de todo su círculo cercano), por lo que la voluntad del sujeto con quien el hombre libre decidiese

mantener la relación sexual era irrelevante, siempre que cumpliera con la condición anteriormente señalada. En este sentido, será considerada violación aquella relación sexual que se mantenga con la mujer que pertenece a otro hombre libre a través de la fuerza física o moral (Rodríguez Ortiz, 1997), y todo lo que no cupiera dentro de la descripción anterior, no era considerado como tal.

Sumado a lo anterior, a una reducida definición de lo que es entendido como violación, se agrega que, durante la época Monárquica, el acto de yacer con la mujer que pertenece a otro hombre libre a través de la fuerza física o moral ¹, no estaba comprendido en las XII Tablas, por lo que se castigó a través del principio de venganza privada. No obstante, ocurrió un cambio positivo en el período Republicano, en el que, a través de la interpretación de pontífices, las agresiones sexuales pudieron ser penalizadas integrándolas al concepto de *iniuria*², además de ser castigadas por los Tribunales de Pueblo (Rodríguez Ortiz, 1997).

Posteriormente, con el ascenso de Octavio Augusto, se inicia el **Principado**, época influida fuertemente por principios de la filosofía estoica; aquí se luchó contra lo que se consideró vicios y pasiones, dentro de los que se comprendían los placeres sexuales, por considerarlos nocivos para el cuerpo y el alma. Paralelo a esta ideología surgió el “cultivo del sí”, que hizo que el individuo, ya sea hombre o mujer, se sometiera a la castidad, esto debido a que las actividades sexuales se consideraban peligrosas. Por consiguiente, ambas filosofías promovieron la abstinencia sexual, ya sea violación, relaciones sexuales entre cónyuges, o las relaciones extramaritales, porque se consideraban dañinas para el alma. Aunque siempre era tolerado un margen de error al hombre. Por su parte, el cristianismo aceptó las relaciones sexuales, pero solo dentro del matrimonio, defendió la templanza dentro

¹ Se usa esta expresión de forma intencional, pues en el marco de aquella época, no se puede hablar aún de la violación como delito o como un ilícito.

² Iniuria: Término del Derecho Romano que hace referencia a los ilícitos. De a poco este término se va expandiendo, abarcando un mayor número de conductas.

del mismo y fortaleció la relación entre los esposos, donde la fidelidad era un valor exigido a ambos compañeros que se consideraban inseparables. No obstante, también admitió respecto del esposo cierto margen de discreción respecto a su fidelidad, porque éste podía ser débil, caer en el pecado de la carne y, por ende, ser infiel. La mujer en este período tenía un papel realmente difícil, porque, por un lado, no debía hacer caer a su esposo en el pecado de la relación sexual, debiendo mantenerse recatada, y, por otro lado, debía saciar lo suficiente a su marido para impedir que este incurriera en el pecado del adulterio. (Rodríguez Ortiz, 1997)

Respecto al delito de violación, si bien jurídicamente se definía como aquel “*estupro realizado con violencia en el que el sujeto pasivo era una mujer, un joven (u) otra persona cualquiera, con independencia de que fuesen libres, libertos o esclavos*”, (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 116) esta definición no tenía aplicación práctica, puesto que, en primer lugar, no detentaba relevancia la voluntad de las personas que eran escogidas por el hombre libre para mantener relaciones sexuales, siendo solo considerada violación si es que el yacimiento implicaba un agravio en contra de otro hombre libre y, en segundo lugar, porque los esclavos seguían siendo utilizados como instrumentos sexuales.

Lo que destaca al Principado de las etapas anteriores es que en este período la violación sí era considerada un caso de *vis pública*³ y, por ende, constituía una *iniuria* que afectaba el honor de la víctima y su círculo cercano. El castigo respecto de este delito dependía de quién fuera la víctima. En relación a de qué género podía ser la víctima, la jurisprudencia clásica dispuso que podía ser tanto un hombre como una mujer, no obstante, la legislación imperial solo protegió a las mujeres. (Rodríguez Ortiz, 1997)

³ Vis pública: Término del Derecho Romano que hace referencia a la fuerza que ilegítimamente una persona ejercía sobre otra. Este tiene dos vertientes, pública y privada.

Con la subida al trono de Diocleciano, en el período del **Dominado**, el cristianismo dejó de ser perseguido y se convirtió en la religión oficial del Imperio, ello significó que se continuó con los mismos fundamentos que se habían planteado en el Principado en torno a la continencia y castidad, y además, se consideró que el matrimonio era para los incontinentes, porque significaba mantener una vida sexual activa. En este sentido, el divorcio y el adulterio estaban prohibidos. Todo esto estaba basado en la idea de preservar la masculinidad pues con cada encuentro sexual, esta se iba perdiendo. A su vez, respecto del delito de violación, se mantuvo el concepto que fue dado en épocas anteriores, es decir, se consideraba violación como aquella *“injuria que se infería cuando un individuo yacía por medio del empleo de fuerza y contra la voluntad de la víctima. Esta voluntad contraria al sujeto que sufría la violación era, precisamente la que lo convertía en víctima y no en coautor de un delito contra la honestidad”*. (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 123) En línea con esto último es que existía una profunda desconfianza hacia la mujer que era víctima de este delito, su inocencia no se presuponía. (Rodríguez Ortiz, 1997) Esto coincide con la idea que imperaba en la época, de la mujer como aquel ser que nace pecador y que es responsable si su marido sucumbe ante el pecado carnal, ya sea porque ella no es lo suficientemente recatada, o con otra mujer por no satisfacerle lo suficiente (Rodríguez Ortiz, 1997). Esto llegó a tal punto que afectó cómo eran reguladas las agresiones sexuales, pues se castigó a las mujeres que fueron raptadas por no haberse resistido lo suficiente.

1.2 El delito de violación en el Derecho Visigodo

Con el asentamiento del pueblo visigodo en la península Ibérica, el Derecho romano y el Derecho visigodo estuvieron en contacto, lo que influyó de manera importante en las costumbres de este último. Tanto el Derecho romano como el visigodo compartían su visión respecto a la continencia y a la castidad, y veían el matrimonio como una opción para los incontinentes. Por esta razón, en el Derecho visigodo se veía a la mujer casada como un ser corrupto, puesto que perdía su virtud, la virginidad, y por este motivo debía ser recatada y

respetuosa de su marido. La castidad era una virtud esencial para el ser humano y, por ende, todos debían mantenerla, excepto los casados, quienes sólo podían mantener relaciones con fines procreativos. (Rodríguez Ortiz, 1997)

Por su parte, el violador se consideraba un corruptor, y la pena para éste según el Breviario, era la pena capital, misma sanción que era aplicada en el período anterior. No obstante, según el Código de Eurico y el Liber este castigo solo le fue aplicado a aquel delincuente no libre. De esta forma, queda de manifiesto que *“se distinguió, a efectos de penalidad, quiénes fueron los que protagonizaron el delito. Dependiendo de quién fuese el autor y la víctima del delito se aplicaba una penalidad u otra muy distinta”* (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 215). Así, no solo se cuestionaba a la víctima respecto al hecho que estaba denunciando, sino también a la víctima en sí misma, tales como a qué categoría social pertenecía, si esta era virgen, cómo esta reaccionada ante la comisión del delito y más. Cabe hacer presente que, una diferencia importante respecto a la legislación romana es que en el Derecho visigodo no se admitía como sujeto pasivo a nadie más que a la mujer.

1.3 El delito de violación en la Edad Media

Con la caída del Imperio romano de Occidente se inicia el período medieval. En la Edad Media Castellana se mantuvo un sistema de dominación del hombre por sobre la mujer; se veía a esta como la causa de perdición de los hombres, puesto que esta estaba inclinada al mal, lo que originó múltiples consecuencias.

En primer lugar, se clasificaba la castidad en tres grados, respecto de las mujeres

“el primero era el de la soltera que no había tenido nunca ningún contacto con varones, es decir, la virgen que practicaba la plena castidad; el segundo, era el de la viuda, que decidía no volver a casarse, viviendo en la total castidad hasta su muerte; y el tercero era el de la casada, que, cumpliendo

con sus obligaciones conyugales, debía cohabitar con su marido con el fin de tener hijos.” (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 247)

En este sentido, las mujeres debían mantener su castidad, sin importar las circunstancias, es decir, la soltera debía mantenerse virgen y la casada sufría un deterioro importante, y solo debía mantener relaciones sexuales con fines procreativos. En este sentido, si la mujer perdía la integridad corporal contra su voluntad las consecuencias sociales eran graves, independientemente que esta no haya estado de acuerdo.

En segundo lugar, como consecuencia de esta creencia de que la mujer estaba inclinada al mal, no se aceptaba la inocencia de la mujer en temas sexuales, incluso se llevaba a considerar *“que las resistencias iniciales de las mujeres requeridas sexualmente por los varones eran fingidas, formaban parte del juego de la seducción, y que el hombre que perseverase en sus requerimientos recibiría la recompensa de la entrega de la virtud de la mujer”* (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 248). Es decir, no sólo se le marginaba socialmente, sino también se le cuestionaba, poniendo en duda su negación.

En tercer lugar y motivo de lo anterior, es que existía una desconfianza hacia la mujer violada, la cual era sometida a severos formalismos, ejemplo de esto es que la mujer *“debía demostrar -dañando la belleza que había provocado al hombre pecar con ella-, que no había participado gustosamente en el acto sexual.”* (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 249) Con esto se concluye, finalmente, que a la mujer le eran impuestas altas exigencias una vez que era violada; no solo era cuestionada y luego marginada socialmente, sino que tenía que pasar por un proceso revictimizante para poder comprobar que lo que afirmaba era cierto.

Acerca de la violación, se le consideraba como aquel yacimiento que realiza el hombre contra la voluntad de la mujer y por medio de la fuerza. El castigo frente a este delito no era igual, dependía del fuero y de quienes fueran los involucrados del mismo, sobre todo quien fuera la víctima. Una de las penalidades era una sanción pecuniaria y salir como

*inimicus*⁴ de los parientes de la violada. Esto tiene dos principales consecuencias; en primer lugar, el *inimicus* no podía volver a la localidad mientras durase la enemistad y, en segundo lugar, la ejecución de la venganza de la víctima o sus familiares. No obstante, hubo ocasiones donde la violación no estaba regulada y para poder penarla, se entendía incluida dentro del adulterio, castigando al autor con idéntica pena. Es decir, se equiparaba al mismo nivel el hecho de haber, como de no haber consentimiento de la víctima. (Rodríguez Ortiz, 1997)

En el Derecho Regio de la Corona de Castilla se seguía colocando especial atención a la castidad de la mujer, por sobre la del hombre. Sin embargo, el margen de la libertad sexual del hombre se encontraba limitado por la violación. Se seguía manteniendo el mismo concepto respecto de la violación y respecto a quién podía ser la víctima, se admitía ampliamente que fuese la mujer, pero quedaba la duda de si se admitía como tal al hombre.

“En el Derecho regio se mantiene una desigualdad, en la medida en que la condición del sujeto pasivo afecta a la hora de establecer el castigo del delincuente: si la mujer violada era de buena fama la pena del violador estaba predeterminada, estableciéndose, al margen de las circunstancias concurrentes en el hecho delictivo, la pena capital y la confiscación de los bienes del forzador; mientras que si se trataba de una mujer vil, se dejaba en manos del juez la determinación de la pena, el cual sería más o menos benévolo según su criterio y en atención a las especiales circunstancias que se diesen en cada caso.” (Rodríguez Ortiz, 1997 pág. 392).

Este período según el académico Luis Rodríguez Collao es lo que se denominaría **modelo sistemático de la teología moral escolástica**, el cual se puede ubicar en la Baja Edad Media. En este espacio de tiempo se produjo un vínculo importante en el orden moral y el orden jurídico, en donde el predominio del castigo se basó en la inmoralidad de los actos,

⁴ Inimicus: Enemigo.

este castigo es severo y se aplicó a un número importante de conductas. En este sentido, se vio a la sexualidad solo para la preservación de la especie y exclusivamente en el matrimonio. Por lo tanto, el fundamento del castigo estuvo en la incontinencia sexual lo que está íntimamente vinculado con la lujuria y el desvalor que se le asocia. (Rodríguez Collao, 2021)

1.4 La violación como método de conquista

Durante la conquista y la colonización de América la violencia sexual constituyó un arma regular de agresión, de terror y venganza (Lozano, 2021). Al llegar los viajeros al Nuevo Continente, estos hicieron cumplimiento de sus fantasías perversas, lo que quedó plasmado en las narraciones de carácter sexual, una de estas hecha por Michele da Cúneo, Hidalgo de Savona, quien estando con Colón en su segunda navegación relató su experiencia con una indígena que el Almirante le “regaló”

“Mientras estaba en la barca, hice cautiva a una hermosísima mujer caribe, que el susodicho Almirante me regaló, y después que la hube llevado a mi camarote, y estando ella desnuda según es su costumbre, sentí deseos de holgar con ella. Quise cumplir mi deseo pero ella no lo consintió y me dio tal trato con sus uñas que hubiera preferido no haber empezado nunca. Pero a! ver esto (y para contártelo todo hasta el final), tomé una cuerda y le di de azotes, después de los cuales echó grandes gritos, tales que no hubieras podido creer tus oídos. Finalmente ¡legamos a estar tan de acuerdo que puedo decirte que parecía haber sido criada en una escuela de putas.” (Barbosa Sánchez, 1994 pág. 1)

De este modo, por una parte, fueron los conquistadores quienes se abrieron paso a través de las atrocidades cometidas en contra de quienes vivían en América y, por otro lado, los mismos aborígenes expresaron su hospitalidad ofreciendo a las mujeres de su familia o

de su tribu a los visitantes, costumbre que de a poco fue desapareciendo por los abusos que cometieron los extranjeros con las mujeres nativas.

1.5 La violación en Chile colonial

A principios de la Capitanía General de Chile la población era baja. Sin embargo, durante el siglo XVIII esta imagen cambió y el número de habitantes aumentó en forma significativa, incluida la población femenina

Durante esta etapa perduraron ciertos conceptos que provenían del Imperio español. En primer lugar, seguía siendo un sistema dominado principalmente por los hombres en el que se veía a la mujer como un ser inferior. En segundo lugar, el concepto de honra continuaba siendo un elemento fundamental, el que iba ligado al origen y, por supuesto, al comportamiento de la mujer.

En esta nueva sociedad se estableció el matrimonio como la base de la familia, y en esta misma tendencia se exigió la castidad, pero a diferencia de épocas anteriores, se exigió la castidad respecto de hombres y mujeres, sancionando a quienes transgredían esta norma. De esta forma, la sexualidad durante este espacio de tiempo solo se enfocaba en fines reproductivos. (La Medicina Legal y el delito de violación en Chile (1875-1922), 2020)

Este período está marcado por imprecisiones conceptuales; sin embargo, es posible definir al estupro como aquellas “*relaciones sexuales aceptadas por la mujer bajo el engaño que le hace el galán ofreciéndole palabra de casamiento o sea, comprometiéndose a contraer matrimonio tan pronto les sea posible*” (Violencias sexuales e interpersonales en Chile tradicional, Invierno 2000 pág. 32). Ante esto, es fundamental destacar que la atención del ilícito se colocaba principalmente en la seducción, por sobre la criminalidad del acto, por lo

que los procedimientos de esta índole se centraban en que la víctima llegase a un acuerdo con su victimario.

Respecto a la prueba del delito de violación, para comprobar su existencia era necesario que el cuerpo exhibiera muestras objetivas de su comisión, el mero relato no era suficiente para evidenciar el crimen, y además de esto se analizaba las emociones de la víctima. Por consiguiente, era indudable que las interpretaciones de los peritos respecto de los sentimientos de la mujer que había sido víctima del delito, estaban sujetas o se veían afectadas por los valores morales existentes en aquel tiempo, que influían directamente en las conclusiones que emitían de ella. (Violencias sexuales e interpersonales en Chile tradicional, Invierno 2000)

Las penas respecto a los delitos sexuales variaban desde indemnización y el embargo de bienes, hasta ser azotados.

Aquí el autor Luis Rodríguez indicaría que se está en presencia del **modelo sistemático de la codificación**, el cual estaba influenciado de manera importante por los principios de la Ilustración en donde se busca independizar el Derecho de la religión y en particular, distinguir el delito del pecado. De manera que, *“las conductas de significación sexual dejaran de ser consideradas delictivas por el hecho de importar una forma de ejercicio incorrecto de la sexualidad, para pasar a ser valoradas según su potencialidad de afectación de intereses individuales o colectivos”* (Rodríguez Collao, 2021 pág. 114). En este sentido, es que el fundamento del castigo pasa ahora a encontrarse en la lesión a un derecho subjetivo.

1.6 La violación en el Siglo XIX y XX

Durante las primeras décadas de independencia del país no había regulación alguna respecto a las agresiones sexuales; esto fue solucionado en 1875 con la publicación del primer Código Penal. (La Medicina Legal y el delito de violación en Chile (1875-1922), 2020) .

Ante esto, se hace a lo menos curioso que

“Los cinco delitos que tipificaban infracciones con contenido sexual están agrupados bajo la rúbrica Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y moralidad pública, si bien tienen una compleja y estricta interpretación jurídica, no están exentas de la observación y juicio, dada su conexión irrestricta con los criterios morales y, más que infracciones contra un individuo, son hechos o situaciones con un carácter marcadamente social o colectivo” (Celis Valderrama, 2018)

Esta idea claramente refleja cuál era el bien jurídico protegido en la época, donde más que proteger la integridad de la víctima, pues en ese caso se habrían incluido dentro del título de “Delitos contra las personas”, se protegía la moral, la cual está muy ligada a la idea de honor que nace en los orígenes de Roma, donde la violación era aquel acto que se cometía en contra del honor de la mujer, lo que la perjudicaba a ella, pero principalmente a los hombres ligados a ella.

No obstante, la falta de solidez de este principio quedó evidenciada a través de la crítica de Robustiano Vera, quien reconoció la violación como un ataque directo contra la persona (La Medicina Legal y el delito de violación en Chile (1875-1922), 2020).

Este era un ilícito que solo podían cometer los varones y las víctimas solo podían ser mujeres.

En lo que se refiere a la prueba de su comisión, era complejo probar este delito y siempre se mostraba cierta incredulidad respecto a las mujeres, por lo que se construyó un *“desigual orden sexual, acorde con las preferencias ideológicas de sus promotores y elaborado desde la autoridad que la ciencia les confería”* (La Medicina Legal y el delito de violación en Chile (1875-1922), 2020 págs. 130-131). De esta forma, se reprodujeron ideologías que ya estaban presentes desde la época colonial, predominando la pureza y honor asociado a la castidad como criterios que se utilizaban para deslegitimar a las mujeres víctimas.

Este es un período que el autor Luis Rodríguez llamaría **modelo sistemático del reformismo**, movimiento internacional que surgió a mediados del siglo XX que buscaba legitimar el Derecho Penal en la medida que este proteja bienes jurídicos. (Rodríguez Collao, 2021)

1.7 Demanda por un cambio cultural y legislativo

Actualmente la sociedad ha tomado un rol preponderante a la hora de exigir reformas con temas que resultan atinentes y esto no ha sido diferente respecto a los delitos sexuales, en donde existe una indignación colectiva respecto de este tipo de abusos y la opinión pública exige su represión y justicia.

Este es el modelo que el autor Luis Rodríguez denominaría **modelo sistemático del expansionismo**, siendo el ámbito de los delitos sexuales la materia en donde mayor preponderancia se le ha dado a la expansión del poder punitivo estatal. (Rodríguez Collao, 2021)

En esta misma línea, el año 2018 se configuró un momento clave para el movimiento feminista, del que Chile no fue excluido. Si bien esta doctrina se venía desarrollando años atrás, este fue el momento cúlmine donde se convirtió en una tendencia que puso sobre la

mesa sus demandas y las convirtió parte de la conversación diaria de todos los chilenos y chilenas.

El año 2018

“(l)as reivindicaciones feministas de lo largo y ancho del país tenían como objetivo incluir distintos asuntos, como combatir al patriarcado de las universidades chilenas, la creación y puesta en marcha de protocolos contra el acoso y la generación de una educación no sexista.” (El movimiento feminista estudiantil chileno de 2018. Continuidades y rupturas entre feminismos y olas globales, 2021 pág. 1556).

No obstante, *“El movimiento feminista surge ante la necesidad de actuar sobre un arraigado conflicto, que atraviesa a la sociedad, determinado por el hecho de nacer mujer o varón”*. (Feminismo: un movimiento crítico pág. 169). De esta forma, esta corriente promovió un cambio radical respecto a la posición que ocupaba la mujer dentro de la comunidad en todos los ámbitos.

Este movimiento está íntimamente ligado con los delitos de índole sexual, puesto que considera

“que las conductas sexuales impuestas son, primordialmente, una forma de ejercicio de poder y dominación a través de la violencia, más que una acción sexualmente motivada, a pesar de que el acto en el cual se materializa la ofensa necesariamente deba revestir una connotación carnal” (Celis Valderrama, 2018).

Por consiguiente, se plantea que para el estudio de los delitos sexuales, la violación como su máxima expresión, se requiere de perspectiva de género, pues a través de los años

se han tipificado estos delitos por hombres que inevitablemente han plasmado sus creencias en sus investigaciones.

En concordancia se han pronunciado diversos países de Europa ante la presión de sus ciudadanos y han reformado sus leyes en torno a los delitos sexuales, incluyendo el consentimiento dentro de los tipos penales, o al menos se ha planteado la discusión.

CAPITULO 2. CONSAGRACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN PROPIA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Según lo expuesto, el Código Penal chileno entró en vigencia en 1875 en donde se consagró la violación propia en el artículo 361. Esta disposición fue objeto de múltiples reformas; no obstante, mantuvo su principal estructura, quedando hoy en día como aquel acceso carnal que puede ser cometido en tres cavidades, ano, vagina o boca, mediante cinco modalidades: a través de la (1) fuerza física, (2) fuerza moral o intimidación, (3) cuando la víctima esté privada de sentido, (4) cuando se aprovecha de su incapacidad para oponerse y (5) cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Para poder entender este tipo penal es necesario estudiar las reformas de las que ha sido objeto este delito, el por qué esta conducta está tipificada y analizar a la luz de dicha información el bien jurídico protegido. Asimismo, es menester hacer un análisis del tipo objetivo y subjetivo del artículo en cuestión. De esto se tratará el presente capítulo.

2.1 Antecedentes

El Código Penal chileno tipifica los delitos sexuales en su Título VII del Libro II, titulado Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual.

Nuestro Código Penal se basó en el Código español y belga, cobrando especial relevancia este último cuando se habla de delitos sexuales. De esta forma, el esquema legislativo chileno original incluyó dentro de sus delitos: raptó, violación, estupro, incesto, sodomía simple, abusos deshonestos y favorecimiento de la prostitución o corrupción de menores y delito de adulterio y amancebamiento. La violación fue consagrada de la siguiente manera:

“Artículo 361. La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.”

Durante los primeros cien años dicho cuerpo normativo fue objeto de múltiples reformas, las que incluyeron la incorporación de la violación sodomítica, el aumento de la pena de la violación, el establecimiento del límite de dieciocho años de edad para las figuras de raptó, seducción, estupro y abusos deshonestos simples, y la despenalización de las figuras de adulterio y amancebamiento. No obstante, la estructura del esquema de los delitos sexuales se mantuvo, debido a que todas estas reformas tenían un carácter formal, porque no alteraron el sentido de las principales figuras delictivas. Cabe destacar, tal como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, que el bien jurídico protegido durante este siglo era la moral.

2.1.1 Ley 19.617

La reforma más importante fue la introducida por la Ley N° 19.617 el año 1999 la que significó una readecuación del sistema. Según el autor Rodríguez Collao, si bien estas modificaciones fueron profundas e importantes, no alteraron substancialmente el esquema vigente instaurado por el Código de 1874. (Rodríguez Collao, 2021)

En cuanto al delito de violación, este sufrió diversas alteraciones. Primero, fue estructurado sobre una conducta distinta, el verbo rector cambió; “yacer” se reemplazó por “acceder”, y se especificaron las vías por la cual este acceso podía y puede ser cometido. Segundo, se ampliaron las modalidades de comisión del delito. Tercero, se extendió el alcance del sujeto pasivo, producto de lo cual ahora el hombre también puede ser el sujeto pasivo de la violación. Cuarta y última modificación en lo que respecta a este delito, desaparece la disposición que entendía como consumada la violación desde que existía el principio de ejecución.

2.1.2 Ley 19.927

Esta reforma del año 2004 tuvo como objetivo perfeccionar las disposiciones que regulan la producción y distribución de pornografía infantil, pero se hizo extensiva a diversos delitos sexuales. Dentro de sus modificaciones, importantes para este trabajo, se puede destacar el cambio del Título VII del Libro II a “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, agregando este último concepto.

2.1.3 Ley 20.480

Esta ley introdujo modificaciones tanto al Código Penal y a la Ley sobre Violencia Intrafamiliar como a la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia. Dentro de las reformas que hizo al Código Penal, se modificó la segunda causal del artículo 361, sustituyendo la causal “incapacidad para oponer resistencia” en “incapacidad para oponerse”.

2.2 Bien jurídico protegido en el delito de violación propia

Se ha mantenido a lo largo de los años la necesidad de proveer al poder punitivo del Estado de un estándar de legitimación respecto a sus normas de sanción penal, por cuanto

este significa la afectación de derechos subjetivos ajenos, es por esto que se presenta la necesidad de proteger un bien jurídico.

En relación a los delitos sexuales el bien jurídico protegido ha estado especialmente vinculado a la época en la cual se ha encontrado inserta la legislación, marcada por el conjunto de costumbres y normas que se consideran adecuadas para dirigir o juzgar el comportamiento de las personas en una comunidad, en específico la honestidad o la moralidad pública. El siglo XXI no ha estado exento de cambios, y tal como se expuso anteriormente, este tratamiento ha sido superado parcialmente con la reforma introducida por la Ley N° 19.617, publicada el año 1999, en donde se hizo posible sostener que el bien jurídico protegido de los delitos sexuales es la integridad sexual.

En este sentido, cabe preguntarse dónde está consagrado este concepto, el que está íntimamente vinculado con la integridad personal, física, psíquica, moral e incluso vinculado al derecho a la protección de la vida. Estos derechos están garantizados en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 3 relativo a la integridad personal, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en su artículo 4 sobre la integridad física, psíquica y moral, y su artículo 3 que otorga el derecho a la mujer a vivir una vida libre de violencia. En nuestro país, en la Constitución Política de la República de 1980 se encuentra consagrado este derecho en su artículo 19 N°1, y en el actual borrador de la Constitución redactado por la Convención Constituyente, se encuentra en el Capítulo II artículo 21, que expresamente consagra la integridad sexual. La consagración de este derecho deja claramente plasmado la importancia del mismo, pues se encuentra en los principales cuerpos legales. De esta manera se refleja su relevancia y su transversalidad, siendo algo intrínseco al ser humano y que debe ser resguardado tanto a nivel nacional, como internacional y con especial protección respecto a la mujer.

En definitiva, parte del Título VII del Código Penal actualmente vigente regula las transgresiones a la integridad sexual de las personas, puesto que *“es punible la cosificación o instrumentalización de otro para satisfacer los deseos sexuales propios”*. (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 185) En esta misma línea se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Punta Arenas *“Ejerce todas las acciones propias de quien niega a la víctima su condición de persona, su autonomía, quien no la ve como alguien diferente e independiente de su propio ser, sino objeto de sometimiento a sus designios.”* (Sentencia, 12 febrero 2016) La conclusión a la que han llegado los autores y la Corte de Apelaciones de Punta Arenas resulta particularmente relevante puesto que los delitos sexuales, en particular la violación, son formas de violencia que tienen como principales víctimas a las mujeres, y que por lo mismo, son claramente indicativos del poder que tiene el hombre sobre la mujer.

Ahora, si bien la integridad sexual es el principal bien jurídico que busca tutelar esta clase de delitos, también ampara otros. En este mismo sentido, se pronunciaron los autores Matus y Ramírez quienes establecieron que el

“en esta clase de delitos no se protege solo la libertad sexual..., la integridad moral de las personas..., porque la violencia sexual está acompañada de un trato humillante y degradante, que supone la cosificación y despersonalización de las víctimas. La vida y la integridad física de las víctimas también se pone en peligro cuando se emplea su cuerpo a la fuerza.”

(Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 155)

En consecuencia, lo que busca garantizar esta clase de delitos es, en primer lugar, la libertad de autodeterminación sexual, esto es *“la facultad humana de consentir o rechazar la realización de actos de significancia sexual.”* (Garrido Montt, 2010 pág. 265) En su aspecto negativo, es aquel interés de no participar en una determinada interacción sexual. No obstante, el profesor Winter lo explicita claramente, puesto que no es solo la facultad de no

consentir un encuentro sexual, sino que es excluir a un tercero de este encuentro; así lo expresa:

“(...) si por ejemplo, una persona impide mediante medios coactivos a una pareja mantener relaciones sexuales, lo que habrá subyacente no será un delito sexual sino que un delito de coacción. Así, lo que existe en los delitos sexuales no es un atentado al desarrollo libre de la sexualidad en todos sus aspectos sino que un atentado al derecho de exclusión de terceros del ámbito de la interacción sexual, es decir, a la libertad sexual negativa o libertad de abstención sexual.” (Winter Etcheberry, 2018 pág. 5)

Lo recién mencionado es de particular relevancia, y en ese sentido es menester destacarlo, pues las conductas descritas por el legislador corresponden a hechos que, si se ejecutan de forma consentida, son ilícitos, esto es, es el consentimiento o la ausencia de este, lo que se vuelve decisivo para que se trate de una conducta legal o ilegal.

Continuando con aquello que busca proteger este delito, también está la integridad física, psicológica y moral de las personas, que en la práctica supone resguardarlas de todo trato humillante y degradante, además de los abusos físicos que puedan sufrir en esta clase de delitos, y por último, la seguridad personal. (Matus Acuña, y otros, 2021)

2.3 Estudio del Tipo penal (artículo 361 Código Penal)

En el Título VII Libro II del Código Penal, que se titula “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, se regulan diversos delitos, dentro de los cuales se incluyen los delitos sexuales, los que son catalogados en cuatro figuras centrales: violación, estupro, abusos sexuales y delitos de corrupción de menores. (Garrido Montt, 2010) Como se dijo en un inicio, en esta memoria se abordará la

violación, la que es considerada la figura que concentra la mayor gravedad de las figuras comisivas punibles. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional:

*“La violación es un delito particularmente repudiable porque no solo vulnera la indemnidad sexual de las personas, sino que **atenta contra la autodeterminación sexual en lo volitivo.***

Es un delito reprochable que ni las relaciones jurídicas formales, como el matrimonio o la convivencia, o de afecto informal como una relación pasajera, inmunizan frente al ejercicio de la violencia. Ninguna de esas condiciones existentes previamente, abrogan o mitigan el delito.

*La violación, en cualquier circunstancia, es un **atentado a la dignidad humana**, puesto que **afecta la libre e igual dignidad**. Nadie pertenece a otros, no existe subyugación económica, supremacía física o cualquier intento de reivindicar una determinada superioridad cultural que pueda ser jamás fuente justificadora de un acto de esta naturaleza”. (énfasis agregado)*
(Sentencia, 29 enero 2021)

El Tribunal Constitucional reiteró esta postura, reflejando el gran cambio de mentalidad que ha habido en la sociedad en otra sentencia, en donde establece que la violación *“implica que el acceso carnal se realice con prescindencia de la voluntad de la víctima, valiéndose de fuerza o intimidación, existe un claro menosprecio a la condición de persona de la víctima o su cosificación o despersonalización.”* (Sentencia, 12 agosto 2021)

De esta forma, el Tribunal Constitucional reconoce que la violación es uno de los tipos penales más graves que contempla la legislación penal chilena, que no debe ser permitido bajo ningún contexto pues vulnera la indemnidad sexual, la autodeterminación

sexual y la dignidad humana, en tanto afecta a la integridad de la persona en sí misma, debido a que al cometer la violación se está ignorando la condición de persona de la víctima.

Por último, antes de seguir adelante en el análisis, se debe llamar la atención a lo siguiente, la sentencia recién mencionada indica que la violación se realiza con prescindiendo de la voluntad de la víctima, lo que es una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona. Esta frase evidencia no solo que todo género puede ser víctima de este delito, sino que un cambio de paradigma respecto al trato que se le ha dado a la mujer, la víctima más usual en estos delitos, pues reconoce su papel, independiente del estilo de vida que lleve, amparando su condición de persona sobre su “honor”. Esto no significa que no haya plena aplicación práctica de este supuesto, pero sin duda es valorable.

2.3.1 Tipo objetivo

La violación propia está consagrada en el artículo 361 del Código Penal, el que dispone:

Artículo. 361. .La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio

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

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

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

a) Conducta típica

En primer lugar, respecto al tipo penal objetivo se debe analizar en qué consiste la conducta que ha sido prohibida por el legislador. De la lectura del artículo 361 se desprende que es aquel acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal. Según el profesor Winter *“aquello que debe ser entendido por acceso carnal es un asunto pacífico en la doctrina: la penetración que se hace con un pene por alguna de las cavidades de la víctima que ha señalado el legislador”*. (Winter Etcheberry, 2018 pág. 19)

b) Sujeto activo y pasivo de la violación

Al leer el tipo penal es posible desprender con facilidad que el hombre puede ser el sujeto activo de la violación; sin embargo, a raíz de la historia del delito y por cómo se ha tratado legalmente hasta la actualidad, queda la pregunta si la mujer puede serlo, considerando que a esta siempre se le trató como el sujeto pasivo. Esto mismo se lo ha cuestionado la doctrina, situándose como posición mayoritaria la que sostiene que solo un varón puede ser el autor de la violación. *“Ello no obsta a que las personas que adoptan la identidad de género masculina y adquieren mediante cirugía equivalentes funcionales al pene también puedan entenderse como potenciales autores de este hecho.”* (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 189) Por otro lado, la postura minoritaria plantea que tanto la mujer como el hombre pueden ser sujetos activos de la violación, debido a que entienden que con la expresión *“el que accede carnalmente... a una persona”* extiende la acción a que una mujer se introduzca el referido órgano en cualquiera de sus cavidades. (Garrido Montt, 2010)

Respecto a quién puede ser la víctima de este delito, tal como se vio en el capítulo anterior, en un primer momento se propuso que solo la mujer podía ser víctima de este tipo penal; sin embargo, actualmente puede ser víctima cualquier persona mayor de catorce años.

c) Momento consumativo

En relación al instante a partir del cual se entenderá consumada la violación, es decir, desde cuándo la norma de sanción penal se ha visto infringida, se han formulado tres teorías. (Winter Etcheberry, 2018)

Primero, la teoría de *conjunctio membrorum*, según la cual “*basta el mero contacto (de cualquier índole, intensidad y duración) entre el pene y cualquiera de las cavidades indicadas por el legislador.*” (Winter Etcheberry, 2018 pág. 21) No obstante, este planteamiento presenta un problema, pues se castiga el intento de violación de la misma forma que se castigaría cuando hubiese penetración; por este motivo es que esta teoría ha quedado abandonada.

Segundo, es el criterio del *inmissio seminis*, el cual sostiene que se entenderá consumado el delito recién con la eyaculación (Winter Etcheberry, 2018), teoría que si bien intenta solucionar las facultades probatorias que implicaría la penetración, resulta del todo criticable, por cuanto solo una vez que el hombre haya llegado al punto cúlmine del placer el delito se entendería consumado, postura que se encuentra obsoleta. De seguirse, desconocería que de igual forma existe daño en la víctima, aunque no esté presente la acción de eyaculación.

Tercero, como teoría que sigue la doctrina y jurisprudencia actual es la de *inmissio penis*, criterio según el cual se requiere la introducción del pene en cualquiera de las cavidades señaladas por el legislador, en la que se entenderá consumado el ilícito desde el comienzo de la penetración. Esta teoría es la más compatible con la descripción típica del tipo penal, porque la conducta típica de acceso carnal

“debe implicar algo más que el simple contacto o frotación vaginal, anal o bucal y, al mismo tiempo, algo menos que la penetración, y mucho menos que

la inseminación. Basta con la existencia de una invasión a las cavidades mencionadas para que constituya algo más que un simple contacto, sin llegar a la exigencia de una penetración total”. (Garrido Montt, 2010 pág. 277)

d) Medios comisivos de la violación propia

El artículo 361 del Código Penal, anteriormente citado, explicita medios a través de los cuales se entenderá cometida la violación; estos constituyen elementos necesarios para que la violación propia, que tiene como víctima a una persona mayor de catorce años, se entienda cometida. Así ha fallado la Excelentísima Corte Suprema al establecer que el tipo penal de violación “ *no se cumple únicamente con el coito entre dos personas, sino que requiere la concurrencia obligada de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 361 del Código Penal*”. (Sentencia, 6 febrero 2019)

Según la doctrina y la jurisprudencia, estas circunstancias “*pueden considerarse, en su aspecto objetivo, principalmente como indicadores de la falta de consentimiento que la ley ha extraído de la vida común como máximas de la experiencia o presunciones.*” (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 191) De esta forma, lo que busca el Código no es castigar cualquier acceso carnal, sino aquel que no ha sido consentido, y la forma en que esto se manifiesta es a través de ciertas circunstancias que están expresamente consagradas en el texto legal y que a continuación se verán.

1. Empleo de fuerza o intimidación

Esta es la primera circunstancia que sostiene el Código Penal bajo la cual el acceso carnal sería sancionado. Esta comprende dos medios comisivos.

En primer lugar, se encuentra la fuerza física, la que es entendida según la RAE como “*vigor, robustez y capacidad para mover algo o a alguien que tenga peso o haga resistencia; como para levantar una piedra, tirar una barra, etc.*” (RAE)

En consecuencia,

“ se debe ejercer fuerza en el cuerpo de la víctima por parte del sujeto activo, con la finalidad de vencer total o parcialmente la voluntad de oposición de aquélla (sic) al acto abusivo o con la finalidad de constituirse en una amenaza de que a mayor resistencia, mayor será la fuerza física que se empleará para vencerla”. (Sentencia, 04 agosto 2008)

En este sentido, no es necesario que la fuerza sea tal que logre someter a la víctima, sino que basta con que esta exista y sea contraria a la voluntad de la víctima, pero debe hacerse la precisión de que no basta la simple penetración sino que debe haber fuerza. (Matus Acuña, y otros, 2021) Esta fuerza *“puede ser ejercida por quien accede carnalmente a la persona ofendida o por otro, caso en el cual este podría ser cualquiera, tanto un hombre como una mujer”* (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 191) Esto resulta de especial relevancia puesto que independiente de si ejerce la fuerza otra persona distinta al que comete el acto invasivo, este medio comisivo se cumplirá.

Es importante destacar que lo que se analizará será *“una actitud violenta respecto de su víctima, sin que sea determinante cuál fue la magnitud de la resistencia opuesta por ésta, bastando que haya manifestado de alguna manera su oposición al acto de que es objeto.”* (Sentencia, 04 agosto 2008) Esto quiere decir que en este medio comisivo, el punto de análisis será la fuerza ejercida sobre la víctima, independiente de la resistencia de esta, bastando con que simplemente se haya negado al acto.

“La fuerza ejercida debe revestir una seriedad suficiente, para que venza o impida la resistencia de la víctima, aun cuando no es indispensable que sea irresistible. Tampoco es necesario que la fuerza se mantenga durante todo el abuso, ni que la resistencia sea continuada, pues basta que queden de manifiesto una y otra circunstancia.” (Sentencia, 04 agosto 2008)

Lo relevante es que la fuerza sea seria, es decir, debe existir la voluntad real de ejercerla y, por ende, vencer la voluntad de la víctima, y será irrelevante que esta sea irresistible o que esta se mantenga, bastando con que esta se ejerza una vez.

En segundo lugar, se encuentra la intimidación, que la RAE define como “*Causar o infundir miedo, inhibir*” (RAE). Según la Corte de Apelaciones de Antofagasta la intimidación, que equivale a la violencia con la moral o coacción a través de amenazas tiene como requisitos

“que el mal conminado sea grave, injusto, dependiente de la voluntad del que amenaza y su irrogación debe ser inminente, señalando que al igual que en el caso de la fuerza, la intimidación tiene el por mal objeto con que vencer se dicha resistencia, debiendo recaer amenaza directamente en la vida o salud de la víctima o de terceros con los cuales se encuentra vinculada.” (Sentencia, 27 noviembre 2018).

Para que se configure la causal de intimidación, es decir, que exista violencia moral, deben concurrir determinados requisitos: (1) seriedad; (2) verosimilitud; (3) gravedad e (4) inmediatez. (Matus Acuña, y otros, 2021)

En relación a la seriedad, esto implica que (1) debe existir; (2) debe haber voluntad real para ejercerla, (3) debe “*ir acompañada de la manifestación del mal a que se expone la persona solicitada de no acceder a lo pedido*” (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 192) y (4) debe ser posible. Esto quiere decir, que no basta con que exista, por ejemplo, en señal de broma, sino que se requiere que el autor tenga la voluntad de ejercer la acción en contra de la víctima.

Por otro lado, respecto a la verosimilitud,

“importa que, en el caso concreto, cualquier tercero situado en la posición de la víctima, pueda dar por cierta la realización del mal amenazado, en caso de rechazar el acceso carnal. Aquí cobran especial importancia las condiciones personales de la agraviada y las circunstancias objetivas en que se encuentra, pues de ellas depende el juicio acerca de si la amenaza era capaz de vencer o no su voluntad.” (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 192)

Es decir, para verificarse el requisito de verosimilitud se deben analizar las circunstancias objetivas del caso y concluirse que cualquier persona que se hubiese visto enfrentada al agresor se habría sentido amenazada y que esto hubiese vencido su voluntad.

En tercer lugar, la gravedad de la amenaza consiste en que esta deba ser un inminente mal que puede dirigirse hacia la vida, cuerpo o salud de la persona afectada u otra persona que tenga vínculo afectivo con la víctima.

Por último, respecto a la inmediatez, esto significa que debe ser de carácter actual o inminente, al momento de comisión del delito.

2. Víctima privada de sentido o cuando hubiere un aprovechamiento de su incapacidad para oponerse

El legislador comprende dos medios comisivos diferentes en este numeral. Es por este motivo que dividiremos su análisis en dos partes.

Primero, respecto a la privación de sentido de la víctima, este consiste en *“un estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo.”* (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 195). En este punto, es importante mencionar que la pérdida de sentido no requiere de la absoluta inconsciencia, basta con la inhibición de las facultades cognoscitivas y volitivas. En relación al origen de esta privación de sentido, es irrelevante para la configuración de este

medio comisivo, ya sea hubiese sido provocado por la víctima, como por el victimario o por alguna circunstancia externa. (Matus Acuña, y otros, 2021)

“La privación de sentido comprende tanto padecimientos físicos corporales que impiden prestar una oposición, como también el aprovechamiento de situaciones en las que se padece una alteración significativa de la posibilidad de percepción del mundo circundante que no alcanzan a la privación total de sentido. Debido a esto la incapacidad alude a supuestos más amplios que “oponer resistencia” de la antigua redacción, pues abarca supuestos de menor exigencia para la víctima en su comportamiento al evidenciar su falta de consentimiento.” (Sentencia, 20 marzo 2020)

Segundo, en lo que se refiere al otro medio comisivo contemplado en este numeral es el aprovechamiento de la incapacidad para oponerse. Esta causal fue modificada por la Ley 20.480, anteriormente nombrada, la que reemplazó la expresión “incapacidad para resistir” por la expresión “incapacidad para oponerse”. Este cambio vino a resolver el problema que decía relación con la exigencia que tenía la víctima, de probar que había sido limitada su forma de resistir el ataque.

La modificación de la expresión “para oponer resistencia” a “para oponerse”

“buscó incluir en la norma supuestos en los que el sujeto activo se aprovecha no solo de la inferioridad física de otro, sino que, también cuando se abusa de una disminución de las capacidades psíquicas en las que se encuentra el sujeto pasivo, incluyendo a quien por alguna circunstancia, está imposibilitada tanto para dar o negar su consentimiento a un acto de significación y relevancia sexual como para oponerse a su realización.” (Sentencia, 9 junio 2021)

El aprovechamiento de la incapacidad para oponerse “*comprende todos los casos en que la víctima no ha consentido expresamente el acto sexual y por alguna razón fáctica no puede negarse a ser accedida carnalmente, incluso después de haber manifestado verbalmente y con anterioridad su oposición a ello*”. (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 196)

De esta forma, el alcance de la expresión “incapacidad para oponerse” viene a abarcar situaciones que antes no quedaban comprendidas según la redacción del delito o que quedaban en la duda de si se encontraban tipificadas o no. “*Las situaciones que quedan abarcadas por esta modalidad ejecutiva consisten básicamente en una disminución de las capacidades físicas del sujeto pasivo, lo que puede estar motivado por la edad, por algún accidente o por razones estrictamente patológicas.*” (Rodríguez Collao, 2021 pág. 201) En síntesis, los casos en que esta causal está presente se tratan de acciones de significación sexual que si bien no han sido precedidas de violencia, intimidación o resistencia expresa, implican una limitación a la capacidad de decisión en el plano sexual, por lo cual deben ser equiparadas a las primeras conductas. (La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales, Julio 2015)

Es esencial dentro de este numeral que exista un aprovechamiento por parte del autor de la situación, de la incapacidad en que se encuentra la víctima. No tiene relevancia alguna los motivos que provocaron la disminución significativa de consciencia, lo que resulta elemental es que el autor del ilícito se aproveche de esa circunstancia. (La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales, Julio 2015)

Ahora bien, una vez expresado lo que comprende esta causal es necesario delimitar su alcance; esto lo ha realizado el autor Oxman, quien distinguió entre distintos supuestos que desde su perspectiva son abarcados por esta causal. Estos son:

- Incapacidad física de oposición: estado que supone una disminución significativa de la capacidad física de respuesta corporal, comprendiendo tanto los casos de

inmovilidad permanente como los de índole temporal. (La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales, Julio 2015)

- Incapacidad psíquica de oposición: se refiere a los estados de disminución de capacidades psíquicas, pero sin constituir una privación total de la consciencia. Dentro de esta hipótesis están el consumo en exceso de alcohol, de drogas, tratamientos médicos con depresores de sueño, sueño profundo y algunos trastornos que no constituyen enajenación. (La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales, Julio 2015)

3. *Abuso de la enajenación o del trastorno mental*

Esta causal implica que la víctima no ha consentido el acto sexual debido a que padece de alguna enfermedad o trastorno que se lo impide. Es importante que el autor conozca y abuse de la enajenación que padece la víctima, es decir, debe tener conocimiento de ella y se aprovecha para poder llevar a cabo su cometido sexual. En este sentido, se debe destacar que no concurre esta causal con la sola existencia de enajenación o trastorno mental, sino que es necesario que exista un aprovechamiento por parte del victimario de esta imposibilidad.

Respecto a la enajenación y trastorno mental se ha establecido que no existe diferencia, *“ambos se refieren a una disfunción de los procesos químicos y cualquier intento por establecer una distinción entre ambos, además de estéril, carece de toda trascendencia en el plano dogmático.”* (Rodríguez Collao, 2021 pág. 202)

Por otro lado, tal como se describió anteriormente, es importante destacar que el hechor debe aprovecharse del padecimiento de la víctima para su propósito, es decir, debe utilizar *“a su favor la ventaja que le confiere la falta de lucidez de la víctima”*. (Rodríguez Collao, 2021 pág. 202)

Al comparar este trastorno mental con la causal que constituye estupro, se encuentra que en ambos casos debe existir un aprovechamiento por parte del victimario; por ende, la diferencia se encuentra en la intensidad de la anomalía, en relación a los efectos que este padecimiento producirá en la defensa de la víctima. Por una parte, en el caso de violación la enajenación de la víctima debe ser tal que esta no se puede dar cuenta que es víctima de una agresión sexual. En cambio, en el caso del estupro, la víctima es consciente de que alguien está abusando de ella. (Rodríguez Collao, 2021)

2.3.2 Iter criminis

Según lo expresado anteriormente, para que la violación se entienda consumada se sigue la teoría *inmissio penis*, consistente en que se entenderá que el delito de violación se ha cometido cuando hay una penetración, ya sea total o parcial, del órgano sexual masculino en las cavidades mencionadas en el artículo objeto de esta memoria.

La dogmática contemporánea⁵ es conteste en que la violación es un delito de mera actividad, puesto que no exige ninguna alteración en el mundo externo, es decir, ningún resultado.

Ahora bien, se discute si la violencia y actos de carácter sexual que preceden al acceso carnal pueden ser calificados de tentativa o frustración. Por una parte, el profesor Matus, la profesora Ramírez, el autor Rodríguez Collao y el académico Winter, plantean que se trata de tentativa, pues al ser la violación un delito de mera actividad excluye la frustración. Esto es según el inciso segundo del artículo 7 del Código Penal, puesto que ya se han realizado todos los actos que el tipo penal exige, faltando la producción del resultado; no obstante, al no exigirse ningún resultado en este tipo penal, la frustración no aplica. (Rodríguez Collao, 2021) Por otra parte, la jurisprudencia sigue la teoría del último acto, la que plantea que se

⁵ Autores como Matus, Ramírez, Garrido Montt y Rodríguez Collao.

considera frustración cuando el hecho delictivo se encuentra en su fase final de ejecución. (Matus Acuña, y otros, 2021) Es importante señalar, que ambas posturas se refieren a casos en que el autor se ve enfrentado a una imposibilidad fáctica para poder terminar su cometido.

2.3.3 Autoría y Participación

Para poder estudiar la autoría y participación en el delito de violación, se debe considerar que están comprendidos por dos conductas, el acceso carnal, y segundo, aquellas actuaciones que la acompañan, como es la fuerza física, la realización de una intimidación, la realización de algún acto que prive de sentido a la víctima o la deje incapacitada para oponerse. (Rodríguez Collao, 2021)

En relación a la primera conducta, el acceso carnal, solo un hombre puede ser el autor de este tipo penal.

Respecto a la segunda conducta, la intimidación, tal como se expresó anteriormente, no existe inconveniente en que sea un tercero quien la ejecute, por lo que cabe hablar de coautoría en este delito. (Rodríguez Collao, 2021)

Por otro lado, se discute lo relativo a la autoría mediata. Existen algunos autores, como Mañalich, Matus y Ramírez que entienden que este es un delito de propia mano, es decir, que exige la intervención directa y material del autor del tipo penal, y que por lo tanto, no aceptan la figura de la autoría mediata (La violación como delito de propia mano, 2016). Al contrario, autores como Ramírez Collao, sostienen que el delito de propia mano tiene una aplicación considerablemente restringida, y además que la autoría mediata presupone la actuación de otro sujeto que realiza la acción, por lo que no ven inconveniente para aplicar la figura de autor mediato en este delito. (Rodríguez Collao, 2021)

Cabe agregar, que en este tipo penal se acepte la participación de cualquier persona a título de inducción, coautoría y complicidad, y la doctrina está conteste sobre aquello.

2.3.4 Faz subjetiva del delito de violación

Se aplican las reglas generales, lo que significa que sólo se castigará el delito a título de dolo y no a título de imprudencia. Sin embargo, se discute respecto a si procede dolo eventual. Según el profesor Matus y la profesora Ramírez la violación admite dolo eventual; por ejemplo, en el caso de quien cree que la víctima consiente el acto sexual, aunque, esta está privada de sentido. (Matus Acuña, y otros, 2021) De este mismo modo, se han pronunciado el profesor Winter y el autor Rodríguez Collao, quienes sostienen que como mínimo se exige dolo eventual; no obstante, plantean que para las hipótesis contempladas en los numerales 2 y 3 del artículo 361 solo serían punibles si el autor hubiese actuado con dolo directo por exigir una actuación abusiva de parte del sujeto activo. (Rodríguez Collao, 2021) (Winter Etcheberry, 2018) Por otra parte, el autor Garrido Montt exige que para que se configure el delito de violación se requiere de dolo directo, excluyendo de esta forma el dolo eventual; esto porque desde su perspectiva todas las formas de comisión de violación exigen una acción positiva dirigida a realizar el acto sexual en cuanto la fuerza e intimidación han de estar dirigidas a la realización de la cópula, y respecto a las causales N° 2 y 3 se requiere la conciencia de esa ausencia de voluntad y la intencionalidad de aprovecharla. (Garrido Montt, 2010)

Es importante señalar que un sector minoritario de la doctrina⁶ exige, además del dolo, un ánimo libidinoso por parte del autor del delito, que consistiría en que éste debe tener un propósito de obtención de satisfacción sexual a través de su conducta. (Rodríguez Collao, 2021) No obstante, esto resulta del todo criticable; en primer lugar, porque el ilícito no contempla ninguna exigencia de este tipo y en segundo lugar, si bien este argumento pretende obviar que el ánimo lascivo es inherente a toda conducta sexual, existen casos excepcionales en donde esto no se cumple, tal como expuso el autor Rodríguez Collao, como aquel en que

⁶ Como los autores Landecho Velasco, Alonso Pérez, Serrano y Gómez.

el sujeto activo que incurre en este acto por el solo ánimo de querer humillar a la víctima. Así, de exigirse este ánimo libidinoso como requisito, esta conducta que sí estaría comprendida en la redacción del tipo penal, como aquel acceso carnal, no podría ser sancionada. (Rodríguez Collao, 2021)

CAPITULO 3. VIOLACIÓN GENÉRICA O ACCESO CARNAL NO CONSENTIDO EN DERECHO COMPARADO

Si bien en un principio para configurar una agresión sexual era necesaria la concurrencia de violencia física, con el tiempo ha ido cobrando relevancia el consentimiento del sujeto pasivo frente al hecho que reviste los caracteres de delito. Ha llegado a tal punto esta influencia, que, no obstante, se ha dicho que las causales del artículo 361 evidencian la falta de consentimiento, esto no ha sido suficiente para satisfacer la demanda de la sociedad, que reclama la insuficiencia y desactualización. Es por este motivo, por las restringidas interpretaciones de los tribunales respecto a las causales, por los movimientos sociales que se han aparecido y el surgimiento de nuevas olas del movimiento feminista, que diversos países han optado por hacer una expresa mención dentro de su legislación al consentimiento y a la voluntad de la víctima.

A su vez, la globalización y el desarrollo tecnológico han posibilitado que como sociedad estemos al tanto de los avances o cambios que suceden en otros países, incluyendo las modificaciones que se realizan en otros países en materia de delitos. Y estando la sociedad chilena insatisfecha con la tipificación actual de los delitos sexuales, se vuelve fundamental estudiar qué es el consentimiento para el Derecho más allá de las fronteras de nuestro país, ver cómo este puede darse en materia penal, y analizar cómo han legislado otros países este tipo penal basándose en el consentimiento para su configuración.

3.1 Consentimiento

Antes de adentrarse en la violación genérica es esencial definir y analizar el consentimiento.

El consentimiento, esto es, la voluntad y autonomía de consentir, es fundamental en Derecho, debido a que emana de la condición de persona que todos tenemos. Está

íntimamente relacionado con la libertad y autonomía personal, con la capacidad de realizar o no actos y obligarse para con otros. En efecto, es la base sobre la que se estructura el Derecho Civil, pues la autonomía de voluntad da origen al consentimiento, en tanto se entiende como el acuerdo de voluntades necesario para dar vida a un acto jurídico bilateral; por lo mismo esta rama estudia cómo se forma, el momento en que se entiende formado y los vicios, hechos o que impiden que el consentimiento sea expresado de manera libre e informada.

Por otro lado, en materia penal el consentimiento puede actuar, incluso, como causal de exención de responsabilidad. En materia penal el consentimiento es *“un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho.”* (Welzel, 1956 pág. 99). El que tiene por objeto la lesión del bien jurídico tutelado. (El consentimiento en materia penal, 2006) Al respecto, se debe hacer una prevención, no todo bien jurídico está disponible para ser objeto de consentimiento, pudiendo disponerse solo de aquellos derechos que se ejercen a título personal. Según el autor Ríos Arenaldi, para que opere el consentimiento en este ámbito se requiere de determinados requisitos:

1. Titularidad: significa que solo quien es el titular del bien jurídico que será afectado por la conducta punible puede consentir.
2. Capacidad: el titular del bien jurídico debe gozar de juicio y equilibrio mental para poder entender qué resultado tendrá la conducta punible.
3. Libertad y conciencia: se da libremente y quien lo da debe aceptar los efectos del hecho.
4. Exteriorización: el consentimiento debe expresarse de alguna forma, bastando para tal una conducta concluyente. (El consentimiento en materia penal, 2006)

Tal como se vio en el capítulo acerca de la historia de la violación, en un primer momento, estaba dentro de las obligaciones de la mujer mantener relaciones sexuales

exclusivamente con fines procreativos. Sin embargo, con el paso del tiempo, y como conquista política feminista surgió el derecho a negarse a sostener relaciones sexuales como parte de la libertad sexual (Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género, 2016). Al estar esta última íntimamente relacionada con la integridad personal se puede reconocer que está consagrada en múltiples textos normativos, los que fueron abordados en este trabajo, quedando de esta forma la integridad sexual como bien jurídico protegido en el Código Penal chileno.

Ahora, el consentimiento sexual “*existe cuando dos o más personas están de acuerdo en realizar una práctica sexual de un modo determinado en un momento cualquiera.*” (Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género, 2016 pág. 1). En este sentido, resulta importante destacar que la actividad sexual consentida es atípica. Por lo tanto, lo que determina la antijuridicidad a la conducta es la ausencia de consentimiento, siendo la máxima expresión de esta la violación.

De lo anteriormente expuesto, no queda más que concluir que los modos de comisión expuestos en el artículo 361, estudiadas en el capítulo anterior, son las opciones que consideró el legislador que eran representativas de ausencia de consentimiento, pero sin explicitar aquello por enterderlo inherente a esas situaciones.

3.2 Derecho Comparado

Para poder analizar la figura de violación genérica es necesario estudiar los países en los que ha sido consagrada. Son cuatro los casos que hacen expresa mención a la falta de consentimiento al configurar la violación, estos son: Suecia, Gran Bretaña, Alemania y Bélgica. España se encuentra en el proceso legislativo para hacer una reforma en su Código Penal, dentro de la cual hace mención expresa al consentimiento. Para efectos de este trabajo se estudiarán los casos de Alemania, Suecia y España.

3.2.1 Alemania

a) Reformas

La definición de violación en Alemania proviene del Derecho Medieval, el que consiste en un modelo basado en la coerción. Esta tradición se mantuvo con el Código Penal de 1871, el que fue suavizando las exigencias, reconociendo que ante la amenaza de violencia no era necesaria la resistencia física. Posteriormente, si bien el Código Penal del siglo XIX fue objeto de múltiples reformas que modificaron sustancialmente el modelo, se puede destacar particularmente el establecimiento de una causal de delito sexual donde se abusa de una situación en que la víctima se encuentra desprotegida, causal que se volvió una alternativa ante la exigencia de violencia y amenaza. Sin embargo, no fue hasta el año 2016 con la reforma del “no es no”⁷ donde se cortaron las raíces del histórico modelo basado en la coerción, reforma en la cual se reconoció el “no” expreso de la víctima como condición suficiente para configurar un delito sexual.

La reforma del año 2016 ocurrió en parte, debido a que las interpretaciones del artículo 177 del Código Penal alemán que se habían vuelto excesivamente exigentes e hicieron surgir las “obligaciones de las víctimas”. Por consiguiente, la normativa protegía solo a quienes fueron coaccionadas por la violencia o amenazadas que temieron ser asesinadas o heridas, y a quienes no tuvieron la menor posibilidad de escapar, dejando desprotegidas a las demás víctimas en todos los casos que no cumplieran con los requisitos mencionados.

Así, la reforma del año 2016 fue producto de diversos factores, dentro de los cuales se incluyeron las mencionadas exigentes interpretaciones del artículo 177 del Código Penal

⁷ “Nein heisst nein” Movimiento que surgió en Alemania luego dese registraran decenas de ataques sexuales a mujeres en la ciudad de Colonia, el que exigió una reforma a la legislación pues la que estaba vigente en ese momento exigía que la víctima se defendiera físicamente para que se configurara la violación.

alemán, la fuerza que habían adquirido como movimiento las ONGs y diversas organizaciones de mujeres y la presión que generaron, sumado al avance en el Derecho Internacional, en específico la Convención de Estambul, la que en su artículo 36 exigió que los actos no consensuados de naturaleza sexual debían ser penalizados.

b) Tipo penal

1. Normas comunes a los delitos sexuales

Los primeros incisos del artículo 177 del Código Penal alemán actual establecen normas comunes a los delitos de índole sexual. Estos son:

(1) Quien, contra la voluntad reconocible de otra persona, realiza actos sexuales con esta, o la haga actuar sexualmente, o induzca a la otra persona a sufrir actos sexuales por un tercero, o a realizar actos sexuales con un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad de seis meses y cinco años.

(2) De la misma manera será castigado quien realiza actos sexuales con otra persona, o la obliga a actuar sexualmente o induce a la otra persona a sufrir actos sexuales por un tercero o a realizar actos sexuales con un tercero, si:

- 1. El autor del delito aprovecha el hecho de que la víctima no puede formar una voluntad contraria o expresarla,*
- 2. El autor del delito se aprovecha de la persona, debido a su condición física o mental se encuentra severamente restringida para formar o expresar su voluntad, a menos que se haya asegurado de la aprobación del otro,*
- 3. El autor aproveche una situación sorpresiva*

4. *El autor aprovecha una circunstancia en que la víctima en caso de resistirse, tiene que esperar un mal grave, o*
5. *El autor obliga a la víctima a realizar o sufrir actos sexuales amenazándola con un mal grave.*

(3) El intento se castiga

(4) Se impone una pena privativa no inferior a 1 año cuando la víctima está incapacitada de formar o expresar su voluntad adversa ya sea por enfermedad o discapacidad

(5) Se impone una pena privativa no inferior a 1 año cuando el autor:

1. *Emplea violencia en contra de la víctima*
2. *Amenaza a la víctima con peligro inminente para la vida o la integridad física, o*
3. *Se abusa de una situación en la cual la víctima está vulnerable y a merced del autor (Traducción propia) ⁸*

⁸ (1) Who, against the recognizable will of another person, performs sexual acts with this person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, will be punished with imprisonment between six months and five years.

(2) In the same way will be punished who performs sexual acts with another person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, if

1. the offender exploits that the person is not able to form an adverse will or to express it,
2. the offender exploits that the person, due to her physical or mental state, is severely restricted in forming or expressing her will, unless he has assured himself of the other's approval,
3. the offender exploits a moment of surprise,
4. the offender exploits a situation in which the victim in the case of resistance has to expect a serious evil, or
5. the offender has coerced the person to perform or suffer the sexual act by threatening a serious evil.

(3) The attempt is punishable.

(4) The punishment is imprisonment of not less than one year if the inability to form or to express an adverse will is caused by disease or disability.

(5) The punishment is imprisonment of not less than one year if the offender

1. applies force against the victim,

a. Inciso (1) Artículo 177: Contra la voluntad reconocible

Para interpretar el (1) inciso del artículo 177 del Código Penal alemán se debe tener en cuenta que está construido bajo el modelo de “no es no” basado en el consentimiento. Es por este motivo que la víctima tiene una obligación, pero esta es diferente a la anterior que consistía en resistirse, y menos severa; el nuevo requerimiento es que la víctima **comunique su negativa a participar del encuentro sexual**; lo puede realizar a través de palabras o gestos. De forma tal que el modelo protege la autonomía sexual y baja el estándar de obligaciones (entiéndase por esto la exigencia de conducta) que se le impone a la víctima.

Sin embargo, debe hacerse un análisis respecto a qué es lo que significa “*la voluntad reconocible de otra persona*”. En relación a la palabra “reconocible” se ha pronunciado Tatjana Hörnle, quien ha señalado:

“en una interpretación amplia de la palabra `reconocible`, se considerarían todo tipo de circunstancias para decidir si `la víctima no podría haber querido esto`. En una lectura restringida, solo importan las palabras, los gestos y la conducta de la víctima. Si uno lee los materiales legislativos, es evidente que se pretendía el enfoque estrecho. Todos los ejemplos se refieren a la comunicación de la víctima, incluidos los gestos y comportamientos como el llanto. La explicación más plausible de por qué se prefirió reconocible a `declarado` es que este último podría malinterpretarse como que requiere una

-
2. threatens the victim with imminent danger to life or limb, or
 3. exploits a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender.

declaración verbal.” (The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment, 2017 pág. 1320). (Traducción propia)⁹

De manera, en Alemania solo será considerado contra la voluntad de una persona cuando esa negativa haya sido declarada de alguna forma, ya sea oralmente o a través de gestos. Es por esto que hace sentido la idea de que **solo el no significa que no**, porque en caso de que se quede la persona paralizada y no gesticule ni haga ningún gesto, esta pasividad será vista por el Derecho Penal Alemán como consentimiento, porque la víctima incumplió con su obligación de demostrar su negativa.

2. *Violación*

La violación está sancionada como agravante en el inciso (6) del artículo 177 del Código Penal Alemán.

Artículo 177. (...)

(6) En casos especialmente graves el castigo de pena privativa de libertad no puede ser inferior a dos años. Un caso especialmente serio ocurre cuando:

⁹ On a broad interpretation of the word “recognizable,” all kinds of circumstances would be considered to decide whether “the victim could not have possibly wanted this.” On a narrow reading, only the victim’s words, gestures, and conduct matter. If one reads the legislative materials, it is evident that the narrow approach was intended. All examples refer to the victim’s communication, including gestures and behavior such as crying. The most plausible explanation why recognizable was preferred to “declared” is that the latter might be misunderstood as requiring a verbal statement

1. *El autor lleva a cabo el acceso carnal con la víctima o ejerce acciones sexuales similares con la víctima o se las hace practicar, y que estas sean especialmente humillantes para la víctima, especialmente cuando ellas están asociadas a la penetración corporal (violación), o*
2. *El delito es cometido en conjunto por más de una persona.*
(Traducción propia)¹⁰

Hay un importante cambio respecto de la nueva redacción del inciso (6) del artículo 177 del Código Penal alemán en relación al anterior, y es que ahora la violación también es aplicable en casos en donde la víctima es forzada a mantener actos de penetración sexual con un objeto o animal.

3.2.2 Suecia

En julio de 2018, gracias a movimientos feministas y el debate público, se introdujo una modificación a la legislación sueca que reformó lo que se había entendido por violación hasta ese momento. Dicha modificación implicó dos grandes cambios. En primer lugar, se reemplazó el criterio de uso de la fuerza por voluntariedad y, en segundo lugar, se estableció el delito de violación negligente, no reconocido hasta ese momento.

¹⁰ (6) In especially serious cases the punishment will be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or lets intercourse be performed or performs similar sexual acts with the victim that degrade the victim or makes the victim perform such acts, particularly if they entail penetration of the body (rape), or
2. the offense is committed jointly by more than one person.

Esta reforma es particularmente novedosa, pues *“trae un cambio importante clarificando que un cuerpo (femenino) no está disponible hasta que diga ‘para’, sino que no está disponible hasta que diga ‘sí’”* (Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective, 2020 pág. 97) (Traducción propia)¹¹

a) Reformas

Hasta 1864 la violación era considerada un delito contra la propiedad, esto basado en que la mujer era propiedad del hombre, ya sea de su padre o de su marido. Se asemejaba a lo que se expuso en el Capítulo 2, acerca de la historia de la violación, en donde la mujer era vista como una cosa que se debía poseer y las relaciones sexuales se realizaban solo con el fin de la procreación.

Sin embargo, con la introducción de la Ley Penal en 1864, la violación pasó a ser considerada un crimen contra la libertad, donde el bien jurídico que se protegía era el honor de la mujer por sobre su libertad sexual. Para la prueba de este delito se exigía un uso considerable de fuerza por parte del sujeto activo en contra de la víctima, mientras que se esperaba que esta última lo hubiese resistido con fuerza.

En 1965 con la entrada en vigencia del Código Penal sueco el delito de violación fue consagrado dentro de los delitos contra la moral, teniendo como fin la protección de la integridad personal.

Luego, la posterior la reforma de 1984 renombró el título de “Delitos contra la moral” como “Delitos sexuales.” Esta reforma modificó el sujeto pasivo y activo del delito de

¹¹ The new legislation brings an important change by clarifying that a (female) body is not available until she says ‘stop’, but unavailable until she says ‘yes’.

violación, pudiendo ser tanto la mujer como personas transgénero sujetos activos y pasivos de este tipo penal. También se redujo la violencia y el nivel de amenaza que era exigido para que el delito se considerara perpetrado.

Finalmente, en 1998 a través de un Proyecto de Ley del Gobierno de Suecia, la definición de violación fue extendida; incluyéndose en el concepto de violación otras actividades sexuales, distintas del acceso carnal.

b) Tipo penal

1. Violación

El artículo 1 del Capítulo 6 del Código Penal sueco establece:

*Artículo 1. Una persona que tiene relaciones sexuales, o realiza cualquier otro acto sexual que en vista de la gravedad de la violación es comparable a las relaciones sexuales, con una persona que **no está participando voluntariamente** es culpable de violación y es condenado a prisión por lo menos dos y como máximo seis años. Al evaluar si la participación es voluntaria o no, se presta especial atención a si la voluntariedad se expresó por palabra, acción o de alguna otra manera. Nunca se puede considerar que una persona participa voluntariamente si:*

- 1. Su participación es el resultado de agresión, otra violencia o amenaza de acto criminal, la amenaza de enjuiciamiento o denuncia de otra persona por una ofensa, o la amenaza de divulgar información perjudicial de otra persona.*

2. *El agresor abusa indebidamente de la persona en una situación especialmente vulnerable debido a la inconsciencia, estar dormido, gravemente asustada, intoxicada por alcohol o bajo el uso de drogas, enfermedad, lesiones corporales, trastornos mentales u otras circunstancias*
3. *El autor induce a la persona a participar abusando gravemente de la posición de dependencia de la persona con respecto al perpetrador.*
(Traducción propia) (Énfasis agregado)¹²

a. Criterio de la no participación voluntaria

Esta fue una reforma que tuvo como fin consolidar el derecho incondicional a la integridad sexual y autodeterminación, es por este motivo que el tipo penal gira en torno a la **libre voluntad expresada**. En este sentido, hay que analizar el primer inciso de este artículo, el cual según las autoras Moa Blandini y Wanna Svedberg

“ incluye dos circunstancias: (1) Una persona que ha participado, no por voluntad propia, en “relaciones sexuales o similares”, significando alguien que no ha, por palabra o acción, expresado el “sí” o (2) una persona que por

¹² A person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that in the view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is *not participating voluntarily* is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if:

1. Their participation is a result of assault, other violence or threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person;
2. The perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or
3. The perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person’s position of dependence on the perpetrator.

voluntad propia ha decidido no participar en “relaciones sexuales o similares”, significando que la persona ha expresado un “no””” (Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective, 2020 págs. 111-112) (Traducción propia)¹³

Lo anterior implica que cuando se lleve a cabo un acceso carnal o un acto sexual equivalente sin la voluntad de otra persona se está incluyendo dos situaciones posibles. Pese a que la primera circunstancia pareciera ser novedosa en comparación al ordenamiento jurídico chileno, realmente dice relación con casos en donde la víctima si bien ha expresado que sí consiente la relación sexual, no es verdaderamente libre de decidir si participa por propia voluntad, lo que está íntimamente vinculado con, por ejemplo, el caso consagrado en el Código Penal chileno del sujeto pasivo que ha sido amenazado para mantener relaciones sexuales. En cambio, la segunda hipótesis, sí es innovadora respecto al Código Penal chileno, pues se refiere a situaciones en la que el sujeto pasivo ha expresado que no quiere participar en actos de connotación sexual, siendo la mera expresión de voluntad negativa suficiente para configurar el tipo penal de violación; esta situación no está establecida expresamente en el Código Penal chileno, en tanto se requiere que concurra alguno de los medios comisivos que estipula, además de la negativa a consentir el acto sexual.

Ahora bien, aunque este tipo penal es relativamente nuevo (2018), no ha estado exento de críticas. Se ha cuestionado porque la participación voluntaria no es clara y se piensa que no es suficiente la ausencia de voluntad para construir la responsabilidad criminal. Respecto al primer punto las autoras Moa Blandini y Wanna Svedberg rebaten la crítica de la falta de claridad de la participación voluntaria indicando que se puede determinar cuando una

¹³ This includes two situations: 1) a person has not by free will decided to participate in ‘sexual intercourse or similar’, meaning that someone has not by word or deed expressed a ‘yes’; or 2) a person has by free will decided not to participate in ‘sexual intercourse or similar’, meaning a person has expressed a ‘no’

persona no es libre para decidir voluntariamente a través de las expresiones faciales o el lenguaje corporal. (Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective, 2020) En relación al segundo criterio, resulta curioso, puesto que, si estuviésemos hablando de un robo, el solo hecho de que el sujeto pasivo no quisiese que se dispusiera de su bien sería suficiente para que el robo se configurara y que se lesionara el bien jurídico propiedad. Sin embargo, al parecer no es suficiente, no satisface el tipo, que el sujeto pasivo manifieste que no tener intenciones de mantener relaciones sexuales para configurar el delito de violación y se lesione el bien jurídico de integridad o autodeterminación sexual.

Para hacer un análisis crítico de qué es lo que significa la participación voluntaria, según las autoras Moa Blandini y Wanna Svedberg se debe estudiar qué es lo que la víctima ha expresado u omitido. No obstante, hacen la salvedad de que esto no significa que expresarse sea un requisito para que exista voluntad, lo que quiere decir que no reaccionar también puede constituir participación voluntaria. (Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective, 2020)

b. Consentimiento silencioso

En el mismo sentido que lo anterior, se discutió respecto a si el delito de violación debía contener o no como requisito una expresión de voluntad, es decir, que la persona expresamente indique que quiera participar en el acto, lo que implicaría que el consentimiento tácito sería nulo. Se optó por una tercera vía, es decir, que el consentimiento **debe ser expresado de alguna forma, cualquiera sea esta**, pues en caso de que no sea así no se podría distinguir la pasividad en las relaciones sexuales del estado de ebriedad, alguna paralización por miedo u otra situación que puede ser malinterpretada. (Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective, 2020) Esto significa que puede existir cierto consentimiento silencioso, pero este

requiere ser corroborado de alguna forma, es decir, de alegarse el consentimiento tácito, este no será aceptado como consentimiento.

c. Circunstancias bajo las cuales no existe voluntad

Existen tres situaciones en el Capítulo 6 del Código Penal sueco donde la voluntad no será válida, debido a que su capacidad de decidir se ha visto afectada en forma considerable. Estas son:

Artículo 1

(...)

- 1. Su participación es el resultado de agresión, otra violencia o amenaza de acto criminal, la amenaza de enjuiciamiento o denuncia de otra persona por una ofensa, o la amenaza de divulgar información perjudicial de otra persona.*
- 2. El agresor abusa indebidamente de la persona en una situación especialmente vulnerable debido a la inconsciencia, estar dormido, gravemente asustada, intoxicada por alcohol o bajo el uso de drogas, enfermedad, lesiones corporales, trastornos mentales u otras circunstancias*
- 3. El autor induce a la persona a participar abusando gravemente de la posición de dependencia de la persona con respecto al perpetrador.*

Es necesario destacar que las dos primeras circunstancias pueden ser asimiladas a situaciones que se encuentran comprendidas dentro de los numerales N°s 1 y 2 del artículo 361 que tipifica nuestro Código Penal

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

2. Violación por negligencia

El artículo 1ºA del Capítulo 6 del Código Penal sueco señala:

Artículo 1º A. Una persona que comete uno de los actos a los que se refiere el artículo 1 y es gravemente negligente con respecto a la circunstancia de que la otra persona no participa voluntariamente es culpable de violación negligente y es condenada a una pena de prisión de hasta cuatro años.
(Traducción propia)¹⁴

Este nuevo tipo penal se consagró por la dificultad que se tenía al determinar la intención del acusado cuando se estaba intentando analizar la responsabilidad que tenía frente al delito sexual.

a. Jurisprudencia

La Corte Suprema de Suecia se pronunció respecto a este delito con fecha 11 julio de 2019 en el Caso N° B 1200-2019. En esta sentencia se definió cuál es la intención que debe detentar el perpetrador de este delito.

¹⁴ A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent *regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily* is guilty of negligent rape and is sentenced to imprisonment for at most four years.

El caso consistió en que un hombre durmió en la cama con una mujer; ambos se conocían a través de redes sociales y solo habían mantenido contacto por esta vía. A través de este mismo medio ella señaló que no quería mantener relaciones sexuales con él. Sin embargo, durante la noche él introdujo sus dedos dentro de la vagina de la víctima.

Ante esto, la Corte de Apelaciones determinó que él fue indiferente a si la víctima había participado libremente. Sin embargo, la Corte Suprema determinó que la Fiscalía no había probado más allá de toda duda razonable la intención del acusado para constituir el delito de violación. Para poder determinar que existe este delito se admiten dos intenciones, la primera opción, es si el acusado tiene la intención activa de violar, lo que claramente no sucede en el caso. La segunda opción es si el acusado actúa con indiferencia a la voluntad de la víctima, actitud que la Corte Suprema, a diferencia de la Corte de Apelaciones determinó que no existía, es decir, no existía indiferencia, por lo que no podía ser condenado por violación, sino por violación negligente.

i. Análisis Corte Suprema

El análisis de la Corte Suprema, en primer lugar, identifica que la ilicitud de la conducta se encuentra en si existe o no participación voluntaria, además de establecer que el hecho de dormir en la misma cama utilizando ropa interior no significa de ninguna forma que esté prestando consentimiento para realizar actos de connotación sexual; aclarados estos puntos procede con su estudio.

En segundo lugar, para determinar más allá de toda duda razonable que los actos sexuales se cometieron sin que la víctima participara de forma libre hace el siguiente análisis.

- (1) Señala que “*una persona que contra su voluntad, es objeto de un acto sexual no es responsable de decir que no o expresar de otra forma su objeción.*” (énfasis)

agregado) (Sentencia, 11 julio 2019) (Traducción propia)¹⁵ Lo que resulta interesante es que al no exigirle a la persona que manifieste su negativa, está traspasando la carga al otro sujeto, respecto a que debe estar consciente que la otra persona está consintiendo el acto sexual, liberando de la carga a la víctima.

- (2) En este mismo sentido, señala que aunque la pasividad, como la situación en que se encontraba la víctima de este caso, puede ser un signo de **participación voluntaria**, esta interpretación es muy limitada. En estos casos, la Corte evaluará si la persona que cometió el acto sabía que éste no fue consensuado.
- (3) Por este motivo se procedió a analizar la declaración de testigos, los que testificaron que ella les señaló que **no quería mantener relaciones sexuales con él** y el mismo autor del hecho recibió este mensaje de forma previa.
- (4) Respecto a la intención, la Corte Suprema a diferencia de la Corte de Apelaciones llegó a la conclusión de que el autor **no lo hace con una intención activa ni indiferente**, actitudes que se requieren para ser condenado por el delito de violación, por lo que pasó a analizar la violación negligente.
- (5) El examen en esta última es similar a los casos en donde la intención es indiferente, esto significa que el sujeto activo debe entender o sospechar que hay un riesgo que la otra persona no está participando libremente. Sin embargo, se distingue con respecto a la negligencia está en que quien actúa con **indiferencia es indiferente ante el riesgo**, no ante el acto. *“En otras palabras, es indiferente ante el riesgo de que la otra persona no esté participando voluntariamente, pero asume que está participando libremente”* (Hofverberg, 2019) (Traducción

¹⁵ A person who, against his or her will, is the object of a sexual advance is not responsible for saying no or in any other way expressing his or her objection

propia)¹⁶. Por otro lado, quien actúa negligentemente **es indiferente ante el acto** de que la otra persona no está participando voluntariamente, debiendo haber entendido que existía un riesgo. Este es la situación en la que incurrió el acusado en este caso, pues él afirmó que no estaba seguro de que ella quisiera tener relaciones sexuales con él cuando procedió a realizar los actos sexuales.

3.2.3 España

En los últimos días del mes de mayo del año 2022 fue aprobada en el Congreso Español la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, o como la han denominado los medios de comunicación, la Ley del “solo sí es sí”, quedando su tramitación en el Senado. Esta normativa llegó como una respuesta ante las reivindicaciones feministas, cambiando el paradigma de los delitos sexuales, los que antes se enfocaban en la respuesta y resistencia de la víctima, para situar el foco en la voluntad de esta, convirtiendo el consentimiento libre y expresado con claridad en el eje del tratamiento de la violencia sexual.

a) Reformas

En 1995 se aprobó un nuevo Código Penal que incorporó un sistema antropocéntrico en la descripción de los tipos penales. Este nuevo Código significó que los que antes eran denominados “Delitos contra la honestidad” pasaran a nombrarse “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. No obstante, no fue hasta la reforma del año 2010 que se definió qué se entendía por indemnidad, refiriéndose a aquel derecho a no verse involucrado en un

¹⁶ Is indifferent to the risk that the other person is not participating freely, and participates while assuming the person is participating freely.

contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado. De este modo, la última reforma se realizó el año 2015, la cual se relacionó con el Estatuto de la víctima del delito.

b) En qué consiste

El Proyecto de Ley que se encuentra actualmente en tramitación ante el Senado busca dejar atrás la cultura de la violación y crear una cultura del consentimiento. En consecuencia, tiene como eje central el consentimiento expreso como elemento clave al momento de juzgar qué se considera delito sexual. Esta normativa contempla ocho capítulos, con un total de 62 artículos en los que se regula todo lo relativo a la violencia sexual con el objetivo de garantizar una atención integral a las víctimas.

Respecto al consentimiento, la ley del “solo sí es sí” se inspira en el Convenio de Estambul, definiendo el consentimiento de una forma positiva, de modo que el silencio o la pasividad de la víctima no significan que la víctima esté expresando su consentimiento.

Otra reforma importante que propone el Proyecto de Ley es que el delito de abuso sexual dejará de estar contemplado en el Código Penal, por lo que cualquier delito que antes haya entrado en este marco, pasará a ser considerado agresión sexual, donde se estimará que todo acto sexual sin consentimiento constituirá una agresión.

Además de las ya mencionadas modificaciones al actual Código Penal, el Proyecto de Ley busca legislar distintos ámbitos, entregando una respuesta integral a las víctimas de violencia sexual o violencia de género. Si bien estos cambios exceden a la materia de esta tesis, se hará mención a los más relevantes, que son:

- Establece una pena de multa por difundir imágenes o grabaciones íntimas sin el consentimiento de quien aparece en dichos medios.
- Prohíbe la publicidad que promueve la pornografía
- Incorpora la sumisión química como agravante de una agresión sexual.

- Considera como violencia sexual la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual.
- Establece un sistema de graduación de las penas progresivo y proporcional a la gravedad, disuasorio y efectivo que otorga una adecuada respuesta penal.
- Crea mecanismos para que las víctimas de violencia sexual tengan el mismo acceso que las víctimas de violencia de género a las rentas de inserción.
- Reconoce el derecho a recibir ayudas a las madres de los menores asesinados por sus parejas o exparejas, como víctimas de la violencia vicaria.
- Abre centros de crisis de 24 horas, los que brindarán atención psicológica, jurídica y social a las víctimas.
- Modifica la Ley Penal del Menor para que en los casos de los agresores menores de 18 años la pena incluya como medida accesoria el sometimiento a programas formativos sobre la educación sexual y la igualdad.
- Establece un sistema de educación sexual en todas las etapas educativas.

c) Tipo penal

1. *Agresión sexual*

“Artículo 178.

*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que **no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos***

exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”

2. Violación

“Artículo 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a diez años”

3. Agravantes

“Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a seis años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a doce años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5.ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

6.ª Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.ª Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior, pudiendo llegarse a mitad inferior de la pena superior en grado.

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

CAPITULO 4. LA VIOLACIÓN GENÉRICA O ACCESO CARNAL NO CONSENTIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL CHILENO

La violación en Chile se ha consagrado en relación a determinadas hipótesis, las que serían consideradas según la doctrina como expresión implícita de la ausencia de consentimiento. Sin embargo, en la legislación no se hace referencia expresa a la ausencia del consentimiento, sino que tienen que concurrir causales para que sea demostrable.

Ante esto, es fundamental estudiar qué es lo que ha establecido la doctrina chilena respecto a la posibilidad de subsumir la ausencia de consentimiento dentro de alguna de estas causales la ausencia de consentimiento como único fundamento para una sentencia condenatoria.

Por otro lado, el 3 de mayo de 2018 ingresó un Proyecto de Ley al Congreso que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado. Este proyecto se ha denominado “sin consentimiento es violación” y dentro de las modificaciones propuestas, sugiere la reforma al artículo 361 del Código Penal, que trata sobre la violación, por lo cual resulta esencial su análisis para determinar si esta reforma se adecúa a las dictadas en otros países y cumple con las expectativas.

4.1 Doctrina en Chile respecto al delito de violación genérica

Si bien en la legislación chilena no se hace referencia de forma expresa al consentimiento en materia de violación, la doctrina ha dejado de manifiesto que las causales enumeradas en el artículo 361 del Código Penal son un reflejo de la falta de voluntad del sujeto pasivo frente a los hechos que revisten el carácter de delito, esto es, presuponen su ausencia por el solo hecho de verificarse una de las causales; así lo han afirmado los autores Matus y Ramírez:

“(…) en la interpretación de estas circunstancias debe tenerse presente que ellas pueden considerarse, en su aspecto objetivo, principalmente como indicadores de la falta de consentimiento que la ley ha extraído de la vida común como máximas de la experiencia o presunciones, las cuales son capaces de fundamentar una sentencia condenatoria mientras no se pruebe que ese consentimiento existió válidamente”. (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 191)

En este sentido, la doctrina ha propuesto que el numeral segundo, que refiere a la causal de incapacidad para oponerse, podría tener un alcance más amplio del que se ha entendido, para poder ser aplicado hacia la hipótesis de ausencia de consentimiento; sin embargo, veremos que esto se hace imposible con la consagración del tipo penal de estupro y abuso sexual por sorpresa.

4.1.1 Delito de estupro (artículo 363 Código Penal)

La consagración de este ilícito de tipifica cuatro circunstancias donde no existe consentimiento o el consentimiento se encuentra viciado. De esta forma el artículo dispone:

“Artículo 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.”

En este sentido, el delito de estupro es un atentado tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad de los menores de edad, puesto que además de que estas cuatro causales son indicativas de la falta de voluntad o voluntad viciada, es requisito que el sujeto pasivo sea menor de edad pero mayor de 14 años. Así, esta figura se diferencia de la violación en que las causales de la primera se orientan a vicios del consentimiento, mientras que las causales de la segunda se orientan a ausencia o falta de consentimiento.

Comparando este delito con el de violación vemos que ambos comprenden a quienes son mayores de 14 años y menores de 18, ya que el tipo penal del artículo 361 es aplicable a casos con sujetos pasivos mayores de 14 en adelante, no obstante, el delito de estupro contempla una pena menor para quienes incurrir en este ilícito.

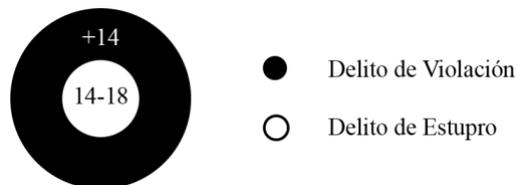


Figura N°1. Gráfico circular comparativo acerca de los delitos de violación y estupro. (Elaboración propia)

Es en este sentido, se puede interpretar que el legislador de haber querido, hubiese comprendido estas hipótesis dentro de la violación propia del artículo 361, supuestos de consentimiento viciado o falta de consentimiento, pero no lo ha hecho. En consecuencia, no queda más que entender que estas no constituyen el delito de violación, y que por ende, cualquiera de las hipótesis que no pueda ser comprendida dentro del delito de estupro, por cualquier razón, como por ejemplo que sea mayor de 18 años quedará impune, porque pese a no haber consentimiento o encontrarse este viciado, no constituirá ningún delito alguno debido a que escapa de lo contemplado en las causales. Por lo tanto, el tipo penal de estupro actúa como límite del artículo 361, en especial de la causal N°2.

4.1.2 Consagración del abuso por sorpresa o maniobra que no suponga consentimiento (inciso tercero artículo 366 Código Penal)

La conducta punible dentro del delito de abuso se encuentra en el artículo 366 ter del Código Penal como “*cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, aunque no haya contacto corporal con ella*”, este acto debe ser distinto a la conducta de violación o estupro.

El año 2019, a través de la Ley N° 21.153 se tipificó el delito de abusos sexuales sin consentimiento que, por ende, a diferencia del resto de los abusos sexuales, no requiere probar la ausencia del consentimiento a través de la concurrencia de las circunstancias de los artículos 361 y 363 del Código Penal.

El inciso final del artículo 366 del Código Penal establece:

“Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no

suponga consentimiento de la víctima, siempre que esta sea mayor de catorce años.”

De esta forma, el denominado por la doctrina “abuso sexual por sorpresa” consiste en aquel acto de significación sexual y de relevancia realizado con tal rapidez que le impide a la víctima oponer resistencia o aquellos abusos que se cometen en situaciones de vulnerabilidad. (Matus Acuña, y otros, 2021)

La consagración de este tipo penal si bien puede significar un avance,

“Este avance es parcial, por cuanto parece dejar en una zona de impunidad el acceso carnal sin consentimiento y sin las circunstancias de los artículos. 361, 363 y 366 inciso final. E imperfecto, pues todavía exige la prueba de indicadores especificados en la ley de esta falta de consentimiento “el empleo de sorpresa u otra maniobra”” (Matus Acuña, y otros, 2021 pág. 210)

Por lo tanto, el hecho de que se utilizara la expresión “consentimiento” en el artículo 366 del Código Penal para tipificar la conducta que describe esta disposición, obliga a interpretar el artículo 361 del mismo cuerpo normativo descartando como requisito o causal la ausencia de consentimiento, debido a que de haberlo querido, la misma reforma que agregó el abuso sexual por sorpresa habría agregado la palabra consentimiento al referirse al delito de violación, para validar la falta de esta como causal.

4.2 Proyecto de ley

El año 2018 el país recibió la noticia de que fue enviado al Congreso el Proyecto de Ley “sin consentimiento es violación”. Este proyecto fue propuesto por parlamentarias y responde tanto al anhelo de muchas ciudadanas de actualizar el sistema penal a uno más

ajustado a la realidad, como al contexto sociocultural dentro del cual se encuentra Chile. Esta iniciativa es trascendente para toda la sociedad puesto que en el contexto de las relaciones sexuales, enfoca su la atención en su existió consentimiento de la víctima al momento de ocurrir los hechos.

4.2.1 Descripción del proyecto

El proyecto pretende entender la violación como aquel acceso carnal sin consentimiento, y además, iguala el acceso carnal con penetración con un miembro masculino a otras penetraciones con objetos u otras partes del cuerpo. Si bien pretende dejar atrás las tres circunstancias que describe el actual artículo 361 del Código Penal, de igual forma describe tres causales bajo las cuales se constituye este ilícito.

4.2.2 Comparación actual artículo 361 con proyecto de ley

Actual artículo 361	Proyecto de ley del artículo 361
<p><i>La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio</i></p> <p><i>Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:</i></p> <p><i>1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.</i></p> <p><i>2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.</i></p> <p><i>3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.</i></p>	<p><i>“El acceso carnal o la acción sexual que consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:</i></p> <p><i>1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;</i></p> <p><i>2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando</i></p>

	<p><i>la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.</i></p> <p><i>3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima.</i></p> <p><i>Se aplicará la misma pena a quien, para realizar la conducta descrita en el inciso primero, obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima o valiéndose de engaño.</i></p> <p><i>Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.</i></p> <p><i>La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.”</i></p>
--	---

De la propuesta del artículo 361 del Código Penal se pueden observar diversos cambios:

a) La introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo constituyen violación

Actualmente la introducción de objetos de cualquier índole en alguna de las tres cavidades que ya se han mencionado en esta memoria, se encuentra tipificado en el artículo 365 bis del Código Penal. Estos objetos pueden ser animales o miembros corporales diferentes al pene

“Que el delito previsto en el artículo 365 bis del Código, se configura mediante la acción sexual de introducir el dedo por vía vaginal, pues la norma se refiere a "la introducción de cualquier objetos de cualquier índole, por la vía vaginal, anal o bucal...", debiendo entenderse incorporada en tal amplitud la mano, y consiguientemente el dedo o dedos” (Sentencia, 20 abril 2012)

Respecto a esto último los profesores Matus y Ramírez han cuestionado que algún miembro corporal se subentienda del concepto objeto, puesto que esto degrada la condición de ser humano y, además, resulta que puede agravar excesivamente conductas que constituyen abuso sexual, pero no revisten la misma gravedad que otras, como sería la introducción de objetos en la vagina o ano. (Matus Acuña, y otros, 2021)

En este sentido, resulta particularmente relevante lo que plantea el nuevo artículo 361, pues no solo tipifica la introducción de objetos, sino que explícitamente indica otras partes del cuerpo. No obstante, esto no satisfecería la crítica que hacen los autores Matus y Ramírez respecto a que esto podría resultar excesivamente agravante con conductas que constituyen abuso sexual, pero no revisten la misma gravedad que otras.

b) La violación se construye bajo el concepto de “sin consentimiento de la víctima”

La nueva construcción legal que propone el artículo implicaría que el límite de la legalidad de una relación sexual se da por el consentimiento de la víctima. Ahora bien, resulta fundamental poder definir las palabras “sin” y “consentimiento” para determinar qué conductas se encuentran tipificadas y cuáles están fuera.

Al analizar la palabra “sin” bajo los significados de la RAE, su primera acepción indica que “*denota carencia o falta de algo.*” (RAE). Por otro lado, según esta misma institución el consentimiento es la “*(a)cción y efecto de consentir.*” (RAE) A su vez, la primera acepción de consentir es “*permitir algo o condescender en que se haga algo*” (RAE). De esta última definición es que pueden ocurrir dos circunstancias:

(a) Que la persona deje hacer algo a la otra, o (b) la persona se acomode a la voluntad de otra, aceptando o tolerando la situación. De esta manera, y ahora relacionando todas las definiciones anteriores se pueden dar las siguientes hipótesis

1. Falta el consentimiento porque la víctima no permite que ocurra el acceso carnal.
2. Falta el consentimiento porque la víctima no condesciende el acceso carnal.

Respecto al primer caso pareciera ser que se puede subsumir dentro del actual Código Penal como delito de violación, bajo la causal del numeral 2 del artículo 361, de incapacidad para oponerse. Sin embargo, aquí la víctima sí habría manifestado su oposición al acto sexual.

De esta forma, el artículo 361 constituiría como violación un mayor espectro de casos de los que constituye la actual disposición, comprendiendo no solo aquellos en que concurre fuerza física o moral, privación de sentido o incapacidad para oponerse, o aquellos en que la víctima es enajenada mental, sino que todos aquellos casos en los que la víctima no haya prestado su consentimiento.

Ahora bien, cabe preguntarse si realmente la palabra consentimiento dentro del área penal sería nueva para los tribunales. Tal como se expuso anteriormente, está regulado el abuso sexual por sorpresa o sin consentimiento. Además, se ha hecho alusión a este concepto para explicar que el consentimiento del menor de edad no es impedimento para considerar que su indemnidad sexual no sea afectada (Sentencia, 12 abril 2021). Sumado a lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que está consagrado en nuestra legislación (relativo al artículo 361 y 362 del Código Penal) que a los 14 años se adquiere la capacidad para consentir al ejercicio de la sexualidad en el plano privado. (Sentencia, 29 enero 2021). Así también se ha pronunciado la doctrina, y lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional al definir la **violación como aquel acceso carnal a una persona que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual**. (Sentencia, 12 agosto 2021). De lo anteriormente expuesto, no queda más que desprender que la jurisprudencia chilena ya se ha referido al consentimiento al hablar de violación, por lo que no sería un elemento nuevo a agregar.

En este sentido, resulta fundamental analizar lo que ha determinado la Corte Suprema, la que acogió un recurso de nulidad, anulando la condena por denuncia calumniosa en la que se había sentenciado a una imputada que había denunciado una violación. La Corte basó su fundamentación en que, si bien si tuvo lugar el acceso carnal, no se logró acreditar ninguna circunstancia que permita calificarlo como realizado contra la voluntad de la imputada – previstas en el artículo 361 del Código Penal-, en razón de lo anterior la conducta no es constitutiva del delito de violación, por ende, no se cumple con la conducta típica del artículo 211 del Código Penal. Dicho en otras palabras, absuelve a la imputada del delito de denuncia calumniosa por no haber denunciado esta un delito de violación, sino una relación sexual no consentida, al no cumplir con los requisitos del artículo 361 del Código Penal. (Sentencia, 6 febrero 2019) Al respecto, y antes de continuar, una prevención: lo que pretende este trabajo no es promover la denuncia calumniosa por delito de violación, sino que dar a conocer que el razonamiento de la Corte para absolver a la imputada fue determinar que el delito de violación se construye en base a las tres causales del artículo 361 del Código Penal, causales

que según las Cortes y la doctrina significan ausencia de voluntariedad y sin las cuales no existe delito de violación.

Por lo tanto, sería un importante cambio establecer que el delito de violación gire en torno al consentimiento, por cuanto se estarían tipificando expresamente más conductas que de igual forma lesionan el bien jurídico que pretende proteger inicialmente el delito de violación.

c) Se agrega la palabra imposibilidad al numeral 2 respecto a la causal de incapacidad para oponerse

Asimismo, la propuesta de artículo 361 del Código pretende incorporar la palabra “imposibilidad” al numeral 2 al establecer la causal de incapacidad para oponerse. La jurisprudencia ha entendido la incapacidad para oponerse como aquel

”medio de comisión del delito de violación, consistente en un aprovechamiento por parte del sujeto activo de condiciones físicas o psíquicas que disminuyen la concreta posibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo en la esfera sexual y como tal, debe probarse, más allá de toda duda razonable, porque obviamente no basta una mera afirmación de que la supuesta víctima fue o se sintió “intimidada” para ello, aún si se reconociera que es un principio aceptado en Chile, que la ausencia de consentimiento en cualquier momento de una relación sexual desemboca en la tipicidad del hecho” (Sentencia, 13 marzo 2021)

Es por este motivo que resulta fundamental analizar la palabra “imposibilidad” para determinar si realmente es un aporte a la causal incapacidad para oponerse. Según la RAE es la “*falta de posibilidad para existir o para hacer algo*”. (RAE) Mientras que la palabra

incapacidad es la “*falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo*” (RAE). Asimismo, hay que comparar la palabra posibilidad con capacidad, la capacidad significa que “*cualidad de capaz*” (RAE) la que a su vez significa “*Que puede realizar la acción que se expresa.*” (RAE), mientras que la palabra posibilidad se define en sus primeras dos acepciones como la “*Aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo*” y la “*Aptitud o facultad para hacer o no hacer algo.*” (RAE).

Analizando los significados de ambas palabras, tanto en su versión negativa como positiva, pareciera no existir mayor diferencia entre la palabra incapacidad e imposibilidad en cuanto a significados. No obstante, no se puede llegar a decir que de agregar esta palabra no se estarían cubriendo más hipótesis, puesto que la palabra imposibilidad tiene una aplicación práctica más amplia que incapacidad.

d) En el numeral 2 se agrega como causal de incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

Por otro lado, el Proyecto de Ley agrega en el numeral 2, dentro de la causal incapacidad o imposibilidad para oponerse que “*Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos*”.

Los casos en que la jurisprudencia ha condenado a más de una persona en la perpetración de los hechos no han sido considerados dentro de la causal incapacidad para oponerse el hecho de que sea más de un individuo el agresor. (Sentencia, 19 abril 2010) En este sentido cabe analizar según las máximas de la experiencia si el hecho de que sea más de

un individuo quienes intentan cometer la violación sería relevante. A todas luces la respuesta pareciera ser que sí, puesto que resulta absolutamente más intimidatorio, sin tener en cuenta la mayor fuerza física a resistir u oponerse que esto significa para la víctima. Esto mismo lo afirmó el Tribunal Supremo español, el que determinó que *“la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más grande frente a una única joven y en lugar solitario.”* (Sentencia, 4 julio 2019) Incluso se podría llegar a argumentar que la participación de más personas es un agravante, pues aunque en ambos casos se vulnera el mismo bien jurídico, tiene un efecto distinto en la víctima.

Es por este motivo que pareciera ser fundamental consagrar que la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos constituye una causal de incapacidad para oponerse, pues actualmente esta modalidad no ha sido considerada para configurar la violación en los casos de coautoría, sino que se requiere de la concurrencia del uso de la fuerza. (Sentencia, 19 abril 2010) De esta forma, se estarían cubriendo un mayor número de situaciones o bien se estarían cubriendo hipótesis ya contempladas pero por distintas causales y de una forma más completa, lo que resulta novedoso.

e) En el numeral 3 se agrega la causal anomalía o perturbación mental, aún transitoria

El artículo 361 actual establece en el numeral 3 *“Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”* La Corte de Apelaciones de Copiapó ha entendido que

“la ley alude al aprovechamiento de cualquier alteración de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima, debida, exclusivamente, a razones patológicas, lo que implica una disfunción de los procesos psíquicos, estimándose, dentro de las anomalías que los autores consideran aptas para configurar el estado de perturbación mental exigido por la norma, las psicosis, las oligofrenias, las paranoias, las esquizofrenias, la epilepsia, las

psicopatías y algunos supuestos de neurosis y depresiones profundas, lo que tampoco ocurre en el hecho que convoca este juicio.” (Sentencia, 6 octubre 2014)

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha planteado que el abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima

“alude al aprovechamiento del agente de cualquier alteración de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, debida exclusivamente, a razones patológicas, se exige al emplear la expresión “abuso”, que el autor utilice en su favor, como una forma de perpetrar el ilícito, la ventaja que le confiere la falta de lucidez de la víctima. De lo anterior se infiere que ha de tratarse de una perturbación mental de considerable intensidad.” (Sentencia, 20 mayo 2010)

Cómo se abordó anteriormente el abuso de la enajenación o trastorno mental requiere del aprovechamiento por parte del autor de un padecimiento patológico que produce una alteración en las facultades cognitivas y volitivas de la víctima.

De esta forma, no solo se requiere que el sujeto pasivo tenga un padecimiento mental que altere sus facultades cognitivas, sino que se requiere que el autor de los hechos lo conozca y se utilice a su beneficio.

Ahora corresponde analizar los conceptos de anomalía y perturbación mental, expresiones que ya han sido utilizadas en el Código Penal al tipificar la conducta de estupro, numeral 1 del artículo 363, y que se incluyen en la nueva propuesta. Según el autor Rodríguez Collao esta es una situación de desprotección de la víctima, en donde esta se encuentra en desmedro del autor de la conducta, la cual consiste en que la víctima se ve afectada por un cuadro patológico al expresar su voluntad de la realización del acto sexual. (Rodríguez

Collao, 2021) Esta anomalía o perturbación mental puede ser transitoria. Sin embargo, es discutido en la doctrina si las condiciones patológicas pueden tener el carácter de transitorias, el autor Rodríguez Collao sostiene que son de carácter permanente.

En lo que a lo anterior concierne, es relevante un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, ante la cual se presentó un caso donde un hombre obligó con una luma a una mujer mayor de 18 años ,que padecía un trastorno mental, a desnudarse y la forzó a practicarle sexo oral y luego la penetró vaginalmente. Ante esto la Corte determinó que para aceptar el argumento de trastorno mental de la víctima, este debía ser tal que ella no se diera cuenta del ataque sexual, y en el caso, la mujer sí se dio cuenta de lo que hacía al expresar su voluntad, por lo que no padecía la patología mental de las características descritas, sino de un retardo mental moderado leve, y por lo mismo, no se podían subsumir los hechos a la hipótesis N° 3 del artículo 361 del Código Penal.

En luz de aquello, el proyecto de ley abarcaría más hipótesis que el actual artículo 361, puesto que no solo incluye casos supuestos donde hay ausencia de consentimiento, sino también situaciones en que pese al existir, este se considera viciado por un padecimiento de la víctima.

f) Se agrega un tercer inciso donde se establece que se aplicará igual pena a quien obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, así como cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima valiéndose de engaño

El tercer inciso que se agrega pareciera ser una referencia a las situaciones descritas en el delito de estupro, por cuanto configuran una situación de abuso de una relación de superioridad. Esto supone tres hipótesis: (1) que exista una relación de superioridad del autor respecto de la víctima; (2) que el autor conozca la situación de inferioridad en la que se

encuentra la víctima respecto de él y (3) que el autor se aproveche de esa situación logrando el consentimiento de la víctima. (Rodríguez Collao, 2021)

Las situaciones que plantea el inciso propuesto son 3:

1. *Quien obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima*

Esta causal es novedosa en nuestro Código Penal, pero como se vio, no lo es para la legislación española ya la ha determinado a propósito de la agresión sexual, la que establece que se impondrá la pena de agresión sexual en su mitad superior a quien cometa la conducta en contra de una persona que se halle en una especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.

El motivo de configurar esta causal como otra circunstancia se debe a que revisten de un “*plus de antijuridicidad de las conductas basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del pasivo.*” (La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante, 2020 pág. 16).

2. *Quien obtenga el consentimiento abusando de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad*

La relación de dependencia se encuentra regulada en el Código Penal en la tipificación del delito de estupro, esta consiste en “*una situación de sometimiento de la voluntad de un individuo a los designios de otra voluntad.*” (Rodríguez Collao, 2021 pág. 225) Esto implica que haya una situación donde el autor domina la voluntad de la víctima, privándola de la libertad que tiene para que esta se autodetermine en materia sexual. (Rodríguez Collao, 2021) Como la existencia de una condición de subordinación o dependencia en sí misma no es

constitutiva de delito, en tanto se da en diversos planos de la sociedad, como ocurre entre un jefe y sus empleados, o un padre y sus hijos, la Corte ha determinado que debe además existir la

“conurrencia de un abuso, esto es, de un atropello, maltrato, forzamiento o aprovechamiento de una relación de superioridad respecto de la víctima, a lo que debe agregarse que, no puede ser considerado como tal, es decir, como abuso, la mera constatación formal o material de una eventual situación de superioridad, si esta no va acompañada de una utilización o prevalimiento, con el objeto de lograr la aquiescencia de aquella.” (Sentencia, 30 agosto 2010)

3. *Quien obtenga el consentimiento abusando del grave desamparo en que se encuentra la víctima valiéndose de engaño*

La situación de grave desamparo también se encuentra comprendida en el delito de estupro, esta ha sido entendida por la doctrina como *“aquellas situaciones en que la víctima carece de la protección que le puedan brindar otras personas o de la seguridad de un lugar en el que pueda sentirse realmente protegida.”* (Rodríguez Collao, 2021 pág. 226) Este desamparo no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser de una envergadura tal que sea decisivo en la voluntad de la víctima en torno al acto sexual (Rodríguez Collao, 2021)

En vistas de las circunstancias anteriormente vistas y el análisis efectuado de ellas, es posible concluir que antes no estaban comprendidas dentro del esquema del tipo penal violación, pero si respecto del estupro, por lo que en razón de estos incisos, de entrar en vigencia el Proyecto de Ley no solo se estarían abarcando más supuestos de los que comprende la actual legislación, sino que además, junto con la reforma al delito de violación,

debería necesariamente derogarse el artículo 363 relativo al estupro, pues ya no tendría sentido su existencia, debido a que los mismos supuestos ya estarían cubiertos por un tipo penal más gravoso, la violación, y porque no se pueden tener dos normas que sancionan los mismos temas con penalidades distintas.

g) Se agrega un cuarto inciso relativo a las víctimas menores de 14 años

Este inciso dispone “*Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.*” Implicaría la derogación del artículo 362 del Código Penal relativo a la violación impropia, el acceso carnal a los menores de 14 años.

Es importante recordar que este tipo penal se fundamenta en “*la ausencia de capacidad para autodeterminarse en materia sexual. Se puede afirmar que la causal importa la consagración de una presunción “iuris et de iure”, que determina la irrelevancia absoluta del consentimiento que pudiere concurrir a la realización de la conducta*” (Garrido Montt, 2010 pág. 285)

h) Se agrega un último inciso que indica que la mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación del consentimiento

Este último inciso es el más relevante pues indica que la pasividad no constituye una forma de expresar la voluntariedad, esto es, el silencio no otorga en materia de relaciones sexuales. Es por este motivo que resulta relevante estudiarlo.

En primer lugar, se debe analizar qué es lo que significa la mera inacción o falta de oposición. Acudiendo a lo que entiende la RAE por ambos conceptos, respecto a la inacción, se indica que es la “*(f)alta de acción*” (RAE), por otro lado, la palabra oposición significa la

“(a)cción y efecto de oponer u oponerse.” (RAE) , palabra que a su vez significa “(p)oner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto.” (RAE) En este sentido, habrían dos hipótesis que no constituyen manifestación de consentimiento:

- (1) La mera falta de acción.
- (2) La falta de entorpecimiento.

A continuación, se debe analizar qué es lo que se entenderá por manifestación de consentimiento. Teniendo en consideración que la falta de acción y la falta de oposición implican pasividad por parte de la víctima, pues ambas significan que ella no realiza determinadas acciones, se debe concluir que solo la actividad por parte de la víctima constituirá manifestación de consentimiento. Ahora bien, en respuesta de en qué debe consistir esta acción, se puede desprender a partir de las dos hipótesis anteriormente descritas, que debe ser la manifestación del consentimiento expresa.

Esto pareciese resultar conocido, la idea de que “solo el sí es sí” , evoca a la legislación sueca, donde solo la manifestación del consentimiento significará que la persona está consintiendo la relación sexual, pues faltando este se trataría de una violación. En vista de aquello, pareciese que Chile estuviese optando por un modelo más alineado al sistema penal sueco, en comparación a Alemania, por ejemplo, país que adoptó el modelo de “solo el no es no” esto, y tal como se explicó cuando se trató esta legislación, significa que la persona expresamente debe manifestar su oposición para que sea considerada no consentida la relación sexual, por lo que la inacción significará que sí consiente.

4.2.3 Análisis crítico del proyecto de ley

En definitiva, la nueva redacción del artículo 361 del Código Penal, de implementarse, vendría a cambiar el paradigma que se ha impuesto desde los inicios de la historia del hombre, pasando de un modelo basado en la coerción, a un sistema basado en el

consentimiento de la víctima. A juicio de esta autora, es positivo que se modifique el modelo vigente bajo el cual está construida la violación, que deja de entrever los juicios morales y creencias de la cultura que nos precede, puesto que se estaría actualizando la legislación a los nuevos parámetros y límites que ha fijado la sociedad, adecuándose de esta forma a la moral y realidad social actual. Se estaría construyendo un nuevo concepto de violación basado en la ausencia de consentimiento de la víctima.

Según el estudio a lo largo de esta memoria, con su implementación se estarían comprendiendo más hipótesis que bajo la actual legislación, o al menos, se estarían comprendiendo explícitamente hipótesis donde quedaba la duda de si eran comprendidas bajo el actual Código Penal, y que por lo mismo, corrían y corren el riesgo de quedar fuera, esto es, impunes. Ante esto, se debe destacar la gran problemática de determinar que ciertas conductas no se pueden subsumir al actual artículo 361 del Código Penal, pero sí a la propuesta de artículo, esto dice relación con el principio de irretroactividad de la ley penal, principio bajo el cual no se podrá aplicar el nuevo artículo 361 del Código Penal a conductas que sean cometidas con anterioridad a su vigencia.

No obstante, queda de manifiesto del análisis hecho aquí, que esta reforma debe ir acompañada de una modificación general a los delitos sexuales, no solo una del artículo 361 del Código Penal, debido a que la propuesta de aquella disposición estaría comprendiendo hipótesis de violación impropia, estupro y abuso sexual agravado. Además, que los delitos sexuales en general obedecen o más bien derivan, ya sea por aplicación o descarte de situaciones, a las hipótesis comprendidas en el actual artículo 361, y como tales también se ven afectadas por el modelo coercitivo vigente, por lo que para lograr una reforma cohesiva, coherente y armónica consigo misma y con los valores y creencias de la sociedad, se requiere se requiera una modificación del título de los delitos sexuales completo.

CONCLUSIONES

A través del presente trabajo se ha observado que el modelo que tiene el tipo penal de violación es de coerción, el cual viene de los inicios de la historia de la humanidad y que guarda relación con el sistema patriarcal, en donde las mujeres se hallan en posiciones considerablemente desfavorables en contraposición a los hombres. (El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres, 2019)

La consagración de la violación en Chile se ha basado en este mismo marco, el que ha girado en torno a determinadas causales basadas en la violencia, intimidación, privación de sentido, incapacidad para oponerse y enajenación mental, todas interpretadas de manera estricta. En razón de estas modalidades es que este tipo penal se caracteriza por enjuiciar más a la víctima que al propio victimario, como fue expresado en el Capítulo relativo a la Historia de la Violación; estudiando qué hace la víctima, a qué se dedica, su vida sexual, cómo iba vestida, entre otras interrogantes y enjuiciamientos morales, que no debiesen tener relevancia a la hora de intentar determinar si ocurrió un ilícito.

Ante los medios comisivos que contempla el Código actual, que forman parte de un universo de circunstancias que pueden concurrir dentro de un acto sexual, es inevitable cuestionarse qué sucede cuando no concurren estas hipótesis, bajo el marco actual la conclusión dependerá de la interpretación del tribunal. Tal como se vio en el Capítulo I, la consagración y estructura de este tipo penal ha quedado históricamente sujeta al período por el que estaba pasando la sociedad, por lo que ya es posible evidenciar cierta inestabilidad respecto a cuando se ha entendido consumado este delito. Sin embargo, esta crítica se hace aún más grave cuando no se verifican las modalidades del artículo 361 del Código Penal, pero aún así existe un acceso carnal no consentido (recordemos que según se determinó en esta tesis, para el legislador estas causales son reflejo de ausencia de consentimiento, sin contemplar la posibilidad de que existieran las causales y el consentimiento desligado uno de

otro), puesto que deja la determinación de la ocurrencia de un ilícito al criterio de una persona, cuando esto debiese estar consagrado explícitamente en un texto legal, por cuanto genera incerteza jurídica y abre un espacio para que esto se debata. Por esta razón, es que también surge la interrogante de si es necesaria una consagración expresa de situaciones donde no existe el consentimiento de la víctima.

Es por este motivo que se estudió el consentimiento, qué se ha dicho en torno a él en el Derecho chileno y en el Derecho Penal. Aquí es importante destacar lo que han dicho los autores Matus y Ramírez, quienes han afirmado que por el solo hecho de verificarse una de las causales del artículo 361 del Código Penal se presupone la ausencia de consentimiento. Ante esto, es importante destacar que, aunque los tribunales quisiesen ampliar la aplicación de este artículo, esta se vería limitada por (1) la existencia del delito de estupro, debido a que es un tipo penal con menor pena que la violación, que contempla hipótesis que de haber querido, el legislador habría comprendido en la consagración de la violación, y en caso de regularse se estaría regulando dos veces sobre la misma materia, y (2) por la consagración del delito de abuso por sorpresa o maniobra que no suponga el consentimiento, ilícito donde se contempló el consentimiento expresamente; que de haber querido contemplar el consentimiento en la violación, el legislador lo hubiese establecido.

Otra temática que fue investigada y sobre la que cabe cierta reflexión dice relación con la regulación de los delitos sexuales en los países de Alemania, Suecia y España, relevantes porque ofrecen elementos de comparación. Por una parte, está el modelo de “solo el sí es sí”, sistema en el que la única forma en que haya consentimiento es a través de la expresa manifestación de éste, siendo la inactividad la ausencia del mismo. Por otro lado, el modelo del solo “no es no” bajo el cual solo una vez que la víctima manifieste que no, habrá ausencia de consentimiento, por lo que la pasividad del sujeto activo será vista como consentimiento. Otro caso interesante se refiere a la violación negligente en Suecia, donde no es la víctima quien tiene que manifestar su negativa, sino que es la contraparte quien debe

darse cuenta de que esta no está consintiendo, y en caso de que no se dé cuenta incurre en este delito, por haber ignorado el acto. Estos modelos permiten a Chile tener países de referencia para poder ver cómo han funcionado estos sistemas. Al mismo tiempo que evidencian los problemas que pueden surgir con su aplicación.

Finalmente, se analizó el proyecto de ley que se propuso el año 2018 en Chile, denominado “sin consentimiento es violación”. Este proyecto de ley está basado en la ausencia de consentimiento como la causal para que concurra el tipo penal de violación, además de modificar una serie de situaciones que dicen relación con los delitos sexuales. Sobre este tema se hizo un análisis crítico, llegando a la conclusión de que sí se estarían cubriendo hipótesis que hasta el momento no estaban explícitamente contempladas y quedan sujetas en parte a la interpretación de los tribunales. Ante esto, se realizó la advertencia de la irretroactividad de la ley penal, es decir, es peligroso llegar a la conclusión de que antes no se encontraban cubiertas estas conductas, porque de ser así no podría ser aplicable el nuevo artículo a situaciones que hayan concurrido antes de su promulgación. Por este motivo que continuamente se habla que depende de la interpretación del tribunal. Razón de lo anterior es que la autora del presente trabajo considera útil el proyecto de ley, porque actualmente queda a criterio del tribunal determinar si son delitos las hipótesis bajo las cuales solo hay ausencia de consentimiento, en cambio, bajo el proyecto de ley esta hipótesis estaría expresamente cubierta.

No puede dejar de mencionarse que es ilógico y del todo reprochable que para que una relación sexual sea lícita es determinante que exista consentimiento, pero no se exige lo mismo para su ilicitud, no basta con que falte el consentimiento. Esto por ende, permite un sinnúmero de interpretaciones y situaciones que pueden ocurrir entre medio.

BIBLIOGRAFÍA

Barbosa Sánchez, Araceli. 1994. La violación como método de la conquista española. *Sexo y conquista*. México : Universidad de México, 1994.

Cavada, Juan Pablo. Concepto y catálogo de delitos sexuales. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. [En línea] [Citado el: 2022 de julio de 30.] https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29603/2/BCN_Concepto_y_cata_logo_de_delitos_sexuales_edit_GW.pdf.

Celis Valderrama, Nicolás. 2018. Delitos, violencias y escándalos sexuales en Chile: escalas de análisis metodológico (fines siglo XVIII-mediados siglo XIX). *Journals Open Edition*. [En línea] Journals Open Edition, 14 de junio de 2018. [Citado el: 2022 de mayo de 22.] <https://journals.openedition.org/nuevomundo/72232>.

Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. **Pérez Hernández, Yoliliztli. 2016.** 4, México : Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales, 2016, Vol. 78. ISSN.

Constitucional, Tribunal. 12 agosto 2021. Rol N° 10010-2020, ID Vlex 874457367. 12 agosto 2021.

El consentimiento en materia penal. **Ríos, Jaime. 2006.** 1, s.l. : Política Criminal, 2006.

El movimiento feminista estudiantil chileno de 2018. Continuidades y rupturas entre feminismos y olas globales. **Ponce Lara, Camila. 2021.** Santiago : Izquierdas, 2021, Vol. 49. ISSN.

El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres. **Cox, Juan Pablo. 2019.** 3, s.l. : Revista Ius et Praxis, 2019, Vol. 25. ISSN.

Feminismo: un movimiento crítico. **Montero, Justa.** 2, s.l. : Intervención Psicosocial, Vol. 15. ISSN.

Garrido Montt, Mario. 2010. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III.* Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 2010. ISBN.

Hernández, Héctor. 2021. Presentación del Libro Manual de Derecho Penal Chileno, Parte general y Parte especial. *Tirant.* Youtube, Santiago : Canal Tirant, 31 de marzo de 2021.

Hofverberg, Elin. 2019. Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape. *Library of Congress.* [En línea] julio de 17 de 2019. [Citado el: 2022 de junio de 21 .] <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-07-17/sweden-supreme-court-defines-negligent-rape/>.

La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. **Moya, Clara. 2020.** 24, s.l. : Revista de Derecho Penal y Criminología, 2020, Vol. 3.

La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. **Oxman, Nicolás. Julio 2015.** 19, s.l. : Política Criminal, Julio 2015, Vol. 10.

La Medicina Legal y el delito de violación en Chile (1875-1922). **Palafox Menegazzi, Alejandra. 2020.** 1, Granada : Universidad de Granada, 2020, Vol. 40.

La violación como delito de propia mano. **Mañalich, Juan Pablo. 2016.** 4, s.l. : Universidad de Chile, 2016, Vol. XI.III.

Lozano, Carlos Fraile. 2021. Las Agresiones Sexuales en la Edad Moderna. *Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales y Violencia Doméstica*. [En línea] ADAVAS, 26 de enero de 2021. [Citado el: 22 de mayo de 2022.] <https://adavas.org/las-agresiones-sexuales-en-la-edad-moderna/>.

Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, M^a Cecilia. 2021. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2021. ISBN.

MILES, Corporación. 2019. Archive. *MILES Chile*. [En línea] 20 de agosto de 2019. [Citado el: 2022 de julio de 30 .] <https://mileschile.cl/categoria/violencia-sexual-genero/>.

RAE .RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.] <https://dle.rae.es/imposibilidad>.

RAE RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.] <https://dle.rae.es/consentimiento>.

RAE. RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 12 de junio de 2022.] <https://dle.rae.es/fuerza>.

RAE. RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 12 de junio de 2022.] <https://dle.rae.es/intimidar>). .

RAE. RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.] <https://dle.rae.es/consentir>.

RAE. RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.] <https://dle.rae.es/capaz>.

RAE. RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.] <https://dle.rae.es/capacidad>.

RAE. RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/incapacidad>.

RAE. RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/posibilidad>.

RAE. RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/oponer>.

RAE. Real Academia Española. [En línea] [Citado el: 14 de junio de 2022.]
<https://dle.rae.es/consentimiento>.

RAE.RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/sin>.

RAE.RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/inacci%C3%B3n>.

RAE.RAE. *Real Academia Española*. [En línea] [Citado el: 2022 de agosto de 04.]
<https://dle.rae.es/oposici%C3%B3n>.

Rodríguez Collao, Luis. 2021. *Delitos sexuales*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 2021.

Rodríguez Ortiz, Victoria. 1997. *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid : Comunidad de Madrid, 1997. ISBN.

Swedish rape legislation from use of force to voluntariness-critical reflections from an everyday life perspective. **Bladini, Moa y Svederg, Wanna. 2020.** s.l. : Bergen Journal of Criminal Justice, 2020, Vol. 8.

The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment. **Hörnle, Tatjana.** 2017. s.l. : German Law Journal, 2017, Vol. 18.

Violencias sexuales e interpersonales en Chile tradicional. **Salinas Meza, René.** Invierno 2000. 1, Santiago : Universidad de Santiago de Chile, Invierno 2000, Vol. 4. ISSN.

Welzel, Hans. 1956. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aures : Roque Depalma Editor, 1956.

Winter Etcheberry, Jaime. 2018. *Delitos contra la indemnidad sexual.* Santiago : DER Ediciones, 2018.

JURISPRUDENCIA

Sentencia. 23 enero 2007. Rol N° 6419-2006, s.l. : Corte Suprema, 23 enero 2007.

Sentencia. 04 agosto 2008. *Sentencia.* Rol N° 3589-2008, L.P. N° CL/JUR/5188/2008. s.l. : Corte Suprema, 04 agosto 2008.

Sentencia. 19 abril 2010. 388-2019, s.l. : Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 abril 2010.

Sentencia. 20 mayo 2010. *Sentencia.* 445-2010, s.l. : Corte de Apelaciones de Santiago, 20 mayo 2010.

Sentencia. 30 agosto 2010. *Sentencia.* 57-2010, s.l. : Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 agosto 2010.

Sentencia. 20 abril 2012. 325-2012, s.l. : Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 abril 2012.

Sentencia. 30 abril 2012. 325-2012, s.l. : Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 abril 2012.

Sentencia. 6 octubre 2014. *Sentencia.* 275-2014, s.l. : Corte de Apelaciones de Copiapó, 6 octubre 2014.

Sentencia. 12 febrero 2016. *Sentencia.* Rol N° 2-2016, ID Vlex 593615430. s.l. : Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 12 febrero 2016.

Sentencia. 27 noviembre 2018. *Sentencia.* Rol N° 436-2018, ID Vlex 746687225. s.l. : Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 noviembre 2018.

Sentencia. 6 febrero 2019. *Sentencia.* Rol N° 31570-2018, ID Vlex 768615877. s.l. : Corte Suprema, 6 febrero 2019.

Sentencia. 4 julio 2019. *Sentencia.* 344-2019, s.l. : Tribunal Supremo Español, 4 julio 2019.

Sentencia. 11 julio 2019. *Sentencia.* B 1200-19, s.l. : Corte Suprema Sueca, 11 julio 2019.

Sentencia. 20 marzo 2020. *Sentencia.* Rol N° 550-2020, L.P.N° CL/JUR/21172/2020. s.l. : Corte de Apelaciones de Santiago, 20 marzo 2020.

Sentencia. 29 enero 2021. *Sentencia.* Rol N° 8792-2021, ID Vlex 856468027. s.l. : Tribunal Constitucional, 29 enero 2021.

Sentencia. 13 marzo 2021. *Sentencia.* 18-2021, s.l. : Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 13 marzo 2021.

Sentencia. 12 abril 2021. *Sentencia.* 9433-2020, s.l. : Tribunal Constitucional, 12 abril 2021.

Sentencia. 9 junio 2021. *Sentencia.* Rol n° 481-2021, ID Vlex 868893257. s.l. : Corte de Apelaciones de Temuco, 9 junio 2021.

Sentencia. 12 agosto 2021. *Sentencia.* Rol N° 10010-2020, ID Vlex 874457367. s.l. : Tribunal Constitucional, 12 agosto 2021.