



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL ACOSO CALLEJERO Y SU CONCEPTUALIZACION DESDE EL BIEN
JURIDICO AFECTADO**

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

KIM SHERLING CARVALLO

Profesor guía: Javier Contesse Singh

Santiago

2019

EL ACOSO CALLEJERO Y SU CONCEPTUALIZACION DESDE EL BIEN

JURIDICO AFECTADO

I.	Introducción	1
II.	Conceptualización del Acoso Sexual Callejero	7
a.	Acoso Sexual.....	7
b.	Definiciones doctrinarias de Acoso Callejero.....	11
c.	Conductas constitutivas del fenómeno.....	19
III.	Determinación del bien jurídico afectado.....	25
a.	Autodeterminación sexual e Indemnidad sexual.....	25
b.	Libertad ambulatoria.....	31
c.	Seguridad individual.....	33
d.	Libertad de autodeterminación.	36
IV.	Derecho penal vigente frente a la violencia sexual contra las mujeres en espacios públicos: Insuficiencia de los tipos penales existentes	41
a.	Delito de abuso sexual	41
b.	De los ultrajes públicos a las buenas costumbres: delito de ofensas al pudor.....	46
c.	De las amenazas de atentado contra las personas y propiedades. Artículos 296 a 298 del Código Penal.....	51
d.	Delito falta de coerción Artículo 494 N°16 Código Penal.....	57
V.	Consideración de una figura de acoso callejero en el código penal.	59
a.	Críticas en torno a la consideración de un sujeto pasivo determinado.....	59
b.	Fundamentación de la consideración de un tipo con sujeto pasivo determinado.....	69
c.	Propuestas legislativas y legislación.....	74
VI.	Conclusión	79
VII.	BIBLIOGRAFIA.....	85

I. Introducción

El derecho penal ha pensado en términos masculinos no solo a la hora de resolver los conflictos¹, sino que también al momento de decidir sobre que conflictos en particular ha de resolver. El caso del fenómeno² del acoso callejero o acoso sexual en espacios públicos como también se denomina, se compone de estas dos cosas, toda vez que su discusión es reciente, como asimismo por el hecho de que la actual forma de resolver ciertas situaciones atinentes, margina el problema. Materialmente, el espacio público ha sido concebido como un lugar de orientación masculina, y por lo tanto los conflictos seleccionados y la solución de aquellos no consideran las reacciones, daños, y construcciones sociales que pesan sobre las mujeres.

A modo de ejemplo, en el caso de la riña³, en el caso de ser una mujer sexualmente acosada en la calle, y ella reaccionara ante ello de manera violenta, se podría afirmar que probablemente la situación devendría en aquella figura y, aunque de manera cuestionable, podríamos aseverar que la situación es considerada de

¹ LARRAURI, Elena. (2008). Mujeres y el sistema penal: Violencia Domestica. Buenos Aires, Argentina. B de F. En este sentido, Larrauri desarrolla la idea de las formas de razonamiento moral que Guillighan denomina ética del cuidado y ética del derecho, las cuales resuelven los problemas respetando o priorizando principios distintos. Una valora las soluciones que no lesionen las relaciones personales, y la otra la imparcialidad; una la mediación y la otra una solución formal y abstracta jerárquicamente impuesta, respectivamente. Sin perjuicio de que aquello tenga probablemente su origen en una construcción estereotipada del comportamiento, se adecua a lo que sucede con el problema presente en el acoso callejero, la selección de las problemáticas relevantes y el tratamiento o más bien ausencia de reconocimiento de los daños sufridos por las mujeres.

² Me refiero usualmente al acoso callejero como un fenómeno, no como hecho aislado y extraordinario, sino en el sentido significar una cuestión fundamental que permite comprender el orden social, y que se concretiza en un conjunto de actos, en el cual interactúan diversas variables, pero detrás del cual existe en común una estructura persistente en el tiempo, observable empíricamente, en este caso de discriminación y desigualdad.

³ El código penal en su artículo 402 y 403 sanciona las lesiones que resulten de una riña cuyo autor no se ha podido determinar. Véase GARRIDO MONTT, Mario. (2010) Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., Editorial Jurídica de Chile., p. 185. El autor entiende por riña, según Mario Garrido Montt, el acometimiento generalmente espontáneo o repentino de personas que se agreden mutuamente, que deviene en tumultuaria y confusa. Se trataría de un delito de peligro concreto, que castiga la participación en una pelea, y la forma de sancionar dicha participación, asume que no constan los autores de las lesiones graves o menos graves, aplicando una rebaja de grado en la pena que corresponda a las lesiones según sea el caso; Por su parte, el artículo 496 Nº 10 del Código Penal establece una falta en la que se utiliza un concepto de riña distinto, pero que castiga como falta menor al orden y la seguridad públicos cualquier pelea o disputa por vías de hecho entre dos o más personas que alteran la tranquilidad, desde luego, porque se realizan en público.

alguna manera por el derecho penal. Sucede sin embargo que la reacción confrontacional no es parte del fenómeno problematizado en este trabajo, no es parte del rol tradicional que pesa sobre las mujeres, no considera las consecuencias de dichos actos respecto de las mujeres, ni mucho menos la razonabilidad en justamente evitar dicha reacción. Una actitud reaccionaria ante una situación de acoso callejero se encuentra con diversos obstáculos a la hora de pretender la procedencia de legítima defensa o bien al menos de aplicar la figura de provocación de acuerdo a las características del acoso. Además, también se puede observar que el legislador se preocupa de las lesiones cuyo autor sea difícil determinar, pero se excluye la consideración de otro tipo de daños con igual característica. Se observa como el ordenamiento jurídico margina la consideración de la mujer en los espacios públicos de una manera y otra.

Por otra parte, hay una trivialización de las conductas que sufren las mujeres, y con ello, haya "bagatelizando" el daño e invisibilizado la afectación de bienes jurídicos, impidiendo vislumbrar un reproche tangible. Mackinnon afirma al respecto que *"La agresión sexual experimentada durante el acoso sexual parece menos que un acto ordinario de deseo sexual dirigido hacia la persona equivocada que una expresión de dominación mezclada con desprecio impersonal, el hábito de obtener lo que uno quiere y la percepción (generalmente precisa) de que la situación puede ser explotada con seguridad de esta manera -todo expresado sexualmente-. Es el dominio erotizado"*⁴. La autora se refiere al acoso laboral que tiene estrecha relación con el acoso sexual que ocurre en los espacios de alta concurrencia pública, razón por la cual el análisis de parte de los elementos del acoso callejero, proviene de dichas apreciaciones doctrinarias que tienen un mayor desarrollo en el derecho anglosajón. Sin embargo, este fenómeno tiene sus propias peculiaridades delimitantes de la figura, como lo son el hecho de llevarse a cabo generalmente por

⁴MACKINNON, Catherine. (1979). Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination. New Haven., Conn., Yale University Press. p. 162. *"Sexual assault as experienced during sexual harassment seems less than an ordinary act of sexual desire directed toward the wrong person than an expression of dominance laced with impersonal contempt, the habit of getting what one wants, and the perception (usually accurate) that the situation can be safely exploited in this way -all expressed sexually. It is dominance eroticized"* Traducción de esta autora.

desconocidos, el lugar en el que acontece, y por supuesto las conductas a las que se puede restringir.

En particular, mucho se ha escrito respecto de la dicotomía de lo público y lo privado, y su reflejo en la relación de las mujeres con el derecho, la cual se manifiesta en los procesos de inmunidad que gozan los hombres y, particularmente en este caso, mediante la falta estructural de tutela de las mujeres⁵. Pareciera ser aceptado que, las construcciones de género y la falta de regulación de la violencia de género contra las mujeres se asienta en la violencia doméstica, la cual, como esfera privada, permanece generalmente ajena a la intervención del estado y su pretensión punitiva, por oposición a lo que sucedería en el ámbito de lo público, cuestión que le concerniría a la sociedad toda.

Ejemplo reciente y tangible de lo anterior es la construcción cultural que puede desprenderse de la ley 20.480 de 2010 que crea el delito de femicidio. Esta figura consagra más bien aquella figura denominada *femicidio íntimo*⁶, y condiciona la sanción del asesinato cometido por un hombre en contra de una mujer, a la existencia previa o actual de una relación íntima, de convivencia o conyugal. Sin ir más lejos, circunscribe el delito al ámbito de lo que un concepto idealizado de familia, lo que conlleva una implicancia ideológica y valorizante al excluir la sanción respecto de todo quien dé muerte a una mujer por su condición de tal, y desconoce que, en dichas situaciones, si puede haber una violencia de género que diferencia el delito respecto otros⁷.

Mi punto, es que la misma des-valoración que circunscribe el lugar de las mujeres fuera de la vida pública, ha privatizado los problemas que dañan a las

⁵ BARATTA, A. (2000). El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. En *Las trampas del poder punitivo* (39-83). Buenos Aires: Haydee Birgin., p. 67.

⁶Toledo Vásquez, P. (2009). *Femicidio*. México: OACNUDH México., p. 30.

⁷ En este sentido MAQUEDA ABREU, M. (2006). La Violencia de Género, entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-02, 02:1-02:13: "*Las relaciones de pareja o de convivencia familiar son solo un escenario privilegiado de esa violencia (la violencia contra las mujeres) pero no pueden —ni deben— acaparar la multiplicidad de manifestaciones que se ocultan bajo la etiqueta de violencia de género. El reduccionismo a que conduce esa equiparación es necesariamente negativo porque enmascara la realidad de un maltrato que victimiza a la mujer por el hecho de serlo, más allá de sus relaciones personas de afecto o sexuales...*" p. 5

mujeres, y que no tienen este supuesto carácter. Fineman se refiere a esta distinción, que precisa en torno al concepto de *privacy* o privacidad y como la aplicación de dicho concepto se basa en esta dicotomía, para efectos de marginar situaciones o instituciones del control estatal, impidiendo reformas que se hagan cargo de ciertos factores de desigualdad. En este sentido, la autora distingue entre la idea de privacidad familiar, que protege a la familia y otras entidades íntimas de la interferencia del Estado, de la privacidad individual, la cual logra escudar ciertas decisiones entendidas como íntimas, precisamente del control del Estado⁸.

Pareciera incluso ser este el caso con los comportamientos característicos de acoso callejero, pues se les califica como de orden privado o íntimo. Por ejemplo, las “insinuaciones” sexuales de las que las mujeres son objeto en los espacios públicos, que de hecho suelen consistir en la expresión verbal de formas de involucramiento e interacción sexual, se han intentado justificar como una conducta normalizada que respondería a un acto preliminar de cortejo o seducción (que al parecer en esta estructura sería un acto valorado y necesario, como si se tratara de la preservación de algún tipo de especie animal en extinción) y, en ese concepto, formaría parte de la intimidad relacional de los seres humanos, siendo por lo tanto una situación de carácter íntimo y privado entre quien “seduce” y la persona “seducida” conllevando por ende el acto, un inherente grado de impunidad o falta de injerencia respecto del derecho.

La adscripción de la característica de íntima al acoso callejero es refutable por un análisis más agudo de las características que su práctica conlleva, (por ejemplo la de efectuarse en lugares públicos donde la anonimidad es el principal facilitador del comportamiento, la falta real de interpelación o de búsqueda de una conducta por parte las mujeres que son atacadas, etc.), pero también por el hecho de que, en gran medida los daños sufridos por las mujeres se identifican con la potencialidad de restricción de capacidades que se ejercen primeramente en esfera pública, la participación, seguridad y desplazamiento en dichos espacios. El discurso dicotómico

⁸ FINEMAN, M. (2008). *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*. Yale J.L. & Feminism, 20. p. 5.

es contradictorio, y no es sino reflejo del binomio publico/masculino y privado/femenino, que ha formado parte continua de la historia en la creación y persistencia de los roles de género. Mackinnon afirma a este respecto que *"...las formas de violación que le ocurren a las mujeres, especialmente las de tipo íntimo, se consideran personales, privadas y culturales; Las formas de violación que le ocurren a los hombres son más propensas a ser llamadas públicas e institucionales y políticas, eventualmente."*⁹

Es por esta razón, que el centro de mi atención en este trabajo se encuentra en el reproche penal que podemos o no hacer en torno a la violencia de género en contra de la mujer, pero en el ámbito cotidiano de la esfera pública, siendo el acoso callejero un fenómeno que, en concreto, debería ser considerado como manifestación del ejercicio de la jerarquía de género, que distribuye poder, y que tiene como efecto principal el menoscabo la libertad de las mujeres, pues funciona como fuente de exclusión de la mujer de los centros de toma de decisiones, lugares de concurrencia pública, y en definitiva del libre desarrollo personal.

Ahora, es posible apreciar la tendencia en el derecho comparado de legislar sobre el tema, se ha propuesto en Chile la sanción de conductas que responden a este fenómeno en sus distintas manifestaciones, desde aquella figura que incluye el piropo hasta la exposición de genitales o masturbación, y se promulgó recientemente la Ley 21.153 que modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. Sin embargo, aquello hace necesaria la exposición de una fundamentación clara desde el punto de vista jurídico-penal, que permita la comprensión de su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico punitivo, como parte o no de la estructura de los delitos sexuales, y que desde una perspectiva de género que sirva de apoyo a una correcta formulación del tipo en su propuesta legislativa de optarse estratégicamente por dicha opción.

⁹ MACKINNON, C. (2004). Afterword. En: DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW. New Haven, London: Yale University Press. (672-704). *"forms of violation that happen to women, especially in the intimate kind, are deemed personal and private and cultural; forms of violation that happen also to men are more likely to be called public and institutional and political, eventually."* (p. 684) (Traducción de esta autora)

Las controversias respecto a su tipificación, y que se analizaran transversalmente a lo largo de este trabajo, pues además demarcan el fenómeno, giran en torno a que se considerarían suficientes las herramientas que entrega el código penal para hacer frente al problema, la estructura de delitos sexuales actual u otras figuras; ya sea porque otros no están de acuerdo con la existencia de un sujeto pasivo determinado, es decir un tipo penal de género- específico; o bien, hay quienes no están de acuerdo con su tipificación del todo, toda vez que no estaríamos frente a un bien jurídico protegible en atención al carácter de ultima ratio que tiene el derecho penal, el principio de lesividad, en pos de una ponderación negativa respecto de la libertad de expresión, o ya bien por razones prácticas y de política criminal.

Si bien este estudio concuerda con la configuración de una sanción penal, creo que un análisis respecto de las conductas que constituyen el fenómeno, como también su dañosidad, permiten concluir que una perspectiva de género que tenga a la vista la discriminación estructural que materializa el acoso callejero, hace la diferencia a la hora de considerar cuales bienes jurídicos se ven afectados, y la delimitación de una figura en esta dirección.

II. Conceptualización del Acoso Sexual Callejero

a. Acoso Sexual.

Aunque suene redundante, la caracterización de las conductas que responden al fenómeno aquí discutido como manifestación de una forma de acoso sexual no es intrascendente, es una categorización falta en la discusión, pues su omisión ha aportado a la falta de precisión y claridad en un concepto que debería aspirar a unificar los elementos que le son propios. En este sentido, el término acoso sexual denota, además de una conexión conductual que importe un carácter sexual, una identificación con la violencia de género que sufren las personas en razón y por la circunstancia de su sexo, en este caso particular, las mujeres por su condición de tales. Lo anterior, toda vez que la conexión conductual se caracteriza no necesariamente por ser esencial y simplemente una expresión de deseo sexual no recíproco, sino más bien por la objetualización que aquella conlleva.

De hecho, el acoso sexual se ha identificado en sus orígenes como práctica laboral discriminatoria¹⁰. Los textos doctrinarios que existen al respecto muchas veces denominan al acoso laboral como acoso sexual, sin más, de manera restrictiva, en tanto caso paradigmático. Sabemos, de acuerdo a Mackinnon y Siegel¹¹, que el término acoso sexual propiamente tal surgió en una sesión de concientización el año 1974, como parte de un curso acerca de las mujeres en el trabajo en la Universidad de Cornell en Estados Unidos, dirigido por Lin Farley, una periodista feminista. Aquella autora, definió el acoso sexual como el comportamiento masculino no solicitado, no recíproco, que afirma o impone el rol sexual de la mujer por sobre su función laboral¹². Aquella definición parece identificarse asimismo con cómo se ha concebido el acoso callejero, sin embargo, la circunstancia de que no se haya establecido una discusión jurídico-penal que delimite el concepto en términos

¹⁰ BASCUÑAN R, Antonio. (1997). Acoso sexual y derecho penal. Derecho penal y humanidades, 5, 7-20., p.9.

¹¹ MACKINNON, Catherine & SIEGEL, Reva. (2004). Directions in Sexual Harassment Law. New Haven, London: Yale University Press. p. 8.

¹² BASCUÑAN R, Antonio. (1997), Op. Cit., p. 9

medulares, ha permitido que se trate penalmente de una noción vaga e imprecisa. Esta situación ha derivado, por ejemplo, en la reticencia de la legislación chilena en tipificar la figura del acoso sexual en el trabajo¹³, toda vez que la definición del acoso sexual (laboral) como una clase específica de coerción sexual, que se caracteriza por la especial naturaleza de los medios coercitivos sería "insuficiente como estrategia política jurídica, porque restringe el concepto jurídico a solo una de las manifestaciones de este fenómeno en el marco de la vida social".¹⁴

En efecto, el acoso es la traducción castellana de la expresión "sexual harassment", "to harass" significa hostigar. El Diccionario de la Real Academia Española define acoso como la "acción y efecto de acosar", entendiendo por tal "1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona; (...) 3. Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos". Creo que esta definición permite el desglose de los actos constitutivos de la conducta, por un lado, y el efecto que aquella conducta tiene el poder de generar por otro. Dada las posibilidades, la taxonomía del acoso no es sino amplia, y su nomenclatura normalmente responde al solo nombre del espacio protegido en el cual se concreta el acto (acoso laboral; acoso escolar, acoso cibernético etc.).

Franks¹⁵ extrae y delimita lo que se entiende por acoso sexual en el derecho estadounidense bajo la concepción de que aquello constituye únicamente una doctrina de acoso sexual clásico y la mera circunscripción al caso paradigmático, es decir el acoso sexual en el lugar de trabajo. La autora reconoce (más bien anticipa) que hay una evolución constante en las prácticas de acoso sexual, y que aquellas se han complejizado con el avanzar de los tiempos, análisis efectuado particularmente desde el punto de vista de las tecnologías¹⁶. Sin embargo, creo que la misma lógica es aplicable al acoso callejero, en tanto manifestación de violencia de género, cuya

¹³ Ibid. p. 8.

¹⁴ Ibid. p. 9.

¹⁵ FRANKS, M. (2012). Sexual Harassment 2.0. Maryland Law Review, 71, 655-704.

¹⁶ La autora expone particularmente acerca de la complejización de las conductas o prácticas de acoso sexual en relación a la evolución de la tecnología, abogando por la búsqueda de un remedio legal para el "Acoso Sexual Cibernético".

visibilidad y aumento tiene que ver con el efecto cíclico de transgresión-opresión de los roles de género que históricamente han sido considerados como tradicionales¹⁷.

Por ejemplo, el quiebre y problematización de aquellos roles que significó la entrada de las mujeres al mundo laboral¹⁸. La entrada de las mujeres al espacio público, es en sí misma una transgresión de su rol tradicional, y el acoso callejero tiene el efecto de oprimir la declaración que aquello implica, de que la vida diaria de las mujeres ya no se circunscribe al mundo doméstico y privado, y señala que, o bien las mujeres están actuando fuera de su rol tradicional, o bien que parte de su rol, es ser objeto de atención como persona abierta al público.

Parte del análisis de la autora consiste en caracterizar los dos ejes en los cuales se desarrolla el acoso sexual genéricamente, uno espacial y uno relacional. La dimensión espacial es el "donde", es decir, el lugar protegido o protegible donde los individuos tienen el derecho a no ser acosados sexualmente. La dimensión relacional es el "quien", es decir, aquel cuyo comportamiento se encuentra adecuadamente dirigido¹⁹. El acoso sexual laboral, como caso paradigmático, involucraría entonces un escenario específico, el lugar de trabajo, en ambos ejes. La pregunta sobre el "quien" se encuentra determinada a su vez por el factor del rol que dicho sujeto activo juega en dicho espacio, particularmente ejerciendo control sobre el mismo, dada la relación especial de superioridad de quien incurre en esta conducta y de quien se encuentra en una posición de subordinación, como también por el hecho de que la conducta necesariamente surte efectos o consecuencias en el mismo lugar en que ocurre.

¹⁷ En este sentido MAQUEDA, María Luisa. (2006). Óp. Cit., p. 5. sostiene que "la violencia contra las mujeres ha evidenciado su efectividad para corregir la transgresión y garantizar la continuidad de un orden tradicional de valores impuesto por razón de género" p. 5.

¹⁹ FRANKS, M. (2012). Op. Cit., "Classical sexual harassment doctrine can be seen as developing along two axes, spatial and relational. The spatial dimension is the "where" of sexual harassment, that is, the protected space in which individuals have a right not to be sexually harassed. The relational dimension is the "who" of sexual harassment, that is, whose behavior it properly addresses" p. 661 (Traducción de ésta autora)

Bajo la aseveración y mirada de que son otros los lugares y las formas que merecen además nuestra atención desde lo que entendemos por acoso sexual, Franks explica su *teoría de la configuración múltiple del acoso sexual*, y clasifica en tres categorías los casos que se subsumen en esta práctica social²⁰. La primera es dada por los casos fáciles o “easy cases”, en la cual se encuentran los casos que incluye la doctrina clásica de acoso sexual. Los casos intermedios “intermediate cases” implican que la acción tiene lugar fuera del sitio, pero sus víctimas se encuentran fuertemente conectadas con dicho espacio protegido. En estos casos la responsabilidad recae en el agente que tiene el control o supervigilancia de dicho lugar, como por ejemplo los dueños o administradores de un colegio. Por último, los casos difíciles o “hard cases”, pueden ser de dos formas –explica la autora-. En primer lugar, la conducta se sitúa en un lugar no protegido, pero produce efectos en uno que si lo está, y los acosadores no tienen conexión con dicho lugar. En el segundo, tanto la conducta que constituye acoso sexual como sus daños, se desarrollan en “settings”, escenarios o en un marco, no protegido. El acoso sexual ya no suena tan acotado.

Este análisis parece asertivo, pues el extraer los elementos esenciales del fenómeno como práctica, permite reconocer que la concepción de acoso sexual, que desde hace siglos se manifiesta en nuestra sociedad, debe por lo tanto enmarcarse conceptualmente y evolucionar a la par con los roles de género que alimentan el fenómeno. Podemos concluir que la delimitación de la figura de acoso sexual se encuentra inconclusa. Así lo afirma Catherine A. Mackinnon, al señalar que aún hay lugares donde el acoso sexual ocurre, pero que por lo general su verificación aún no permite vislumbrar acciones legales como solución, tales como oficinas o consultas de médicos y abogados, espacios religiosos, y por supuesto en la calle.²¹

²⁰ Ibid p. 671.

²¹ MACKINNON, C. (2004). Afterword. En: Op. Cit. p.672

b. Definiciones doctrinarias de Acoso Callejero

La mayor parte de la literatura al respecto se refiere al tema desde una perspectiva primordialmente sociológica. Esto es lógico si consideramos que el fenómeno es una manifestación de violencia de género en contra de la mujer, que se trata finalmente de una práctica social y una construcción cultural. Si bien constituye un aporte para determinar los daños que acarrea, aquellos deben ser reconocidos y la incorporación de nuevos comportamientos lesivos al derecho penal obliga a reformular ciertas definiciones y crear otras desde un punto de vista normativo.

Corresponde entender al acoso callejero como una manifestación persistente de violencia de género, en contra de la mujer, y que tiene un profundo impacto de manera tal que se constituye como una forma de ejercicio de poder y dominación que restringe el ejercicio de derechos fundamentales. Sin perjuicio de que en lo sucesivo analizaremos brevemente algunas de las definiciones y conceptualizaciones doctrinarias existentes, partimos de la base de que, esencialmente, las reglas de conducta que guían el paso público de mujeres y hombres en áreas urbanas son asimétricas²².

Este fenómeno se ha denominado comúnmente como acoso callejero o *street harassment*, nombre recogido por la mayoría de la doctrina anglosajona existente que corresponde a lo que entendemos primeramente como el acoso de las mujeres en espacios públicos. Cynthia Bowman, explica que utiliza esta denominación por 3 razones²³. En primer lugar, porque con ello se logra relacionar el fenómeno con el acoso sexual laboral, que en estados unidos es sancionado; en segundo lugar, para enfatizar que esta conducta no es esencialmente sexual en su naturaleza, como lo es motivada e instrumentalizada por el poder y la jerarquía masculina.

²² THOMPSON, Deborah. (1993). The woman in the street: Reclaiming the public space from sexual harassment. Yale Journal of Law and Feminism, 6, 314-347. p. 315.

²³ BOWMAN, Cynthia. (1993). Street harassment and the informal ghettoization of women. Cornell Law Faculty Publications, 103:517. p., 519.

La autora citada hace hincapié, además, en que el uso de la palabra “*street*” o callejero en nuestro caso, es simplemente una abreviación para “cualquier lugar público” que incluye transporte público, taxis etc.... Los espacios públicos son foco principal en este trabajo y respecto del acoso callejero por dos cuestiones. En primer lugar, confluye una suerte de anonimidad que la gente goza en lugares públicos concurridos, lo cual hace de la esfera pública un lugar fértil al sexismo y provee una oportunidad para la expresión de comentarios y acciones sin represalia. Como segunda cuestión, junto con el hecho de efectuarse en un espacio público, es innegable la circunstancia de tratarse en la generalidad de los casos de una persona desconocida o extraña a la mujer afectada.

Corresponde a un término que describe una gran variedad de conductas, pero que tienen en común la transgresión de aquello que los sociólogos definen como la norma civil de inatención.²⁴ Este concepto quiere decir que las normas sociales dictan que las personas extrañas entre sí se ignoran en espacios públicos, y quienes incurren en conductas de acoso callejero transgreden dicha regla, no de cualquier manera, sino mediante actos que tienen consecuencias participativas para la mujer por el hecho de ser victimizada en este sentido.

Oshynko²⁵, esboza aportes desde el punto de vista de la psicología, antropología y estudios feministas que logran reunir las cualidades particulares del fenómeno. Así, Michaela Di Leonardo –cita la autora- define el acoso sexual callejero como aquel en que al menos un hombre desconocido aborda o se dirige a una mujer

²⁴ OLNEY, Meave. (2015). Toward a socially responsible application of the criminal law to the problem of street harassment. *Mary J. Women & L*, 22, Article 6., p.130; En este sentido Cynthia Bowman (1993) Óp. Cit. La autora cita estudios que afirman que típicamente, las personas que transitan en espacios públicos no se dirigen entre sí, particularmente en grandes ciudades, en cambio, realizan un ritual de evitación. Así, hacen contacto visual brevemente desde una distancia de entre 2 a 3 metros, para luego alejar la mirada, y volver a mirar con un foco a media distancia, respecto de un punto al lado del transeúnte. Esto, continua la autora, tiene como excepción la actitud frente a personas o cosas que entran en el carácter de “*open category*” o categoría abierta, como por ejemplo, evidentemente los perros o los niños. Los hombres parecen referirse a las mujeres como si fueran parte de esta categoría, toda vez que, al pasar por espacios públicos, las mujeres son sujetos de “*marcadores del paso*”, lo que puede implicar que las mujeres están actuando fuera de su rol tradicional mediante su presencia en público, o bien que parte de su rol, es de hecho se una persona abierta al público., p. 526

²⁵ OSHYNKO, N. (2002). No safe place: The legal regulation of street harassment. Vancouver, Canada: University of British Columbia. p.26.

en un lugar público y, a través de miradas, palabras o gestos, el hombre impone el derecho de entrometerse y captar la atención de una mujer, definiéndola como un objeto²⁶. Si bien esta definición podría ser más específica o jurídica, me parece acertada, Oshynko al referirse a ella, de hecho, entiende que se describe una experiencia, lo cual implica incluir necesariamente en el reproche de la acción la significancia que dicha vivencia importa para las mujeres, pero de un punto de vista que no es meramente subjetivo, pues se enfoca en el actuar a partir del cual se puede construir un criterio normativo. Se trata en este sentido de un abordamiento ilegítimo, que irrumpe la atención de otra persona desconocida, una mujer, con la finalidad de objetivarla o instrumentalizarla. Es un punto importante pues reprocha el hecho de que mientras un hombre puede transitar desatendido, las mujeres no tienen esa prerrogativa.

Un concepto que considero útil extraer de la doctrina y jurisprudencia anglosajona, es el de *Hostile Environment Harassment*²⁷, que nace de la clasificación de las formas de acoso sexual laboral, entre aquel y el llamado "quid pro quo". Este último tiene lugar cuando un superior demanda un favor sexual de una persona subordinada, a cambio de evitar o bien de obtener una condición laboral específica. En cambio, el hostigamiento que constituye un ambiente hostil puede provenir de un superior jerárquico en el trabajo, o bien de compañeros en el mismo, y se define como las insinuaciones sexuales, el requerimiento de favores sexuales o bien cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuando dicha conducta tiene, ya sea el propósito o efecto de, injustificadamente interferir con el desempeño laboral de una persona o bien crear un ambiente laboral intimidante, hostil u ofensivo.²⁸

Este paralelo, resulta interesante debido a las similitudes de ejecución que comparte el acoso callejero con el "acoso sexual ambiental", con la diferencia de tratarse el sujeto activo de una persona desconocida y ser distintos los lugares en

²⁶ Ibid.

²⁷ FRANKS (2013). Óp. Cit., p. 663.

²⁸ Ibid.

los que se verifican o generan sus efectos. Dentro de la doctrina nacional, Bascuñán Rodríguez hace un análisis de la posible tipificación del acoso sexual –siempre desde bajo perspectiva de que acoso sexual es aquel que ocurre en el marco laboral-, con lo cual distingue 4 hipótesis relevantes, una de ellas, que corresponde al llamado acoso sexual ambiental²⁹ y lo define de la siguiente manera:

"3. acoso sexual es la realización reiterada de acciones, comentarios o alusiones de carácter sexual en el medio laboral, efectuada a sabiendas de su ofensividad para otro, demostrando con ello un menosprecio de la dignidad personal."

La conducta descrita se opone a aquella que es tratada parcial o indirectamente como supuesto de coerción, es decir, aquel comportamiento por el cual el acosador pretende conseguir favores sexuales a cambio o en desmedro de condiciones laborales. Pues acá lo relevante no es la obtención de un comportamiento particular, que resulta o no indeseado, por parte de la persona acosada, sino que es la realización de un comportamiento ofensivo por parte del acosador, manifestaciones que se pueden concretar en un espacio determinado.³⁰

Si bien esta definición restringe la figura del acoso sexual a uno de los lugares protegidos en los que suele tener presencia, exige la reiteración de la conducta, y apunta a una de las manifestaciones del acoso, aquella mediante la cual se refieren comentarios de carácter sexual, hay un reconocimiento de que las conductas que no tienen como fin la obtención ulterior de satisfacer intereses sexuales, pueden ser idóneas para crear un medio hostil y humillante para la víctima, cual es parte del reproche que hacemos acá a las manifestaciones del acoso en lugares públicos.

Cynthia Bowman por su parte, sistematiza las características más importantes que definen al acoso callejero en las siguientes: 1) Tiene como objetivo a las

²⁹ BASCUÑÁN R, Antonio. (1997). Óp. Cit., p. 11.

³⁰ Ibid. En este sentido el autor citado señala que: "El acoso sexual ambiental, que corresponde al concepto originario de la jurisprudencia angloamericana, no presupone en el acosador el propósito de obtener coercitivamente la satisfacción de sus intereses sexuales, sino que alude al carácter ofensivo de acciones o comentarios de significación sexual que por su reiteración y carácter son idóneos para crear un medio laboral hostil o humillante para la víctima".

mujeres; 2) los acosadores son hombres; 3) Los acosadores no conocen a las víctimas; 4) La interacción se lleva a cabo cara a cara; 5) se lleva a cabo en un foro público, como por ejemplo la calle, vereda, bus, estación de bus, taxi, u otros lugares a los que el público suele tener acceso. 6) El contenido del discurso, de haber alguno, no se pretende como “public discourse”. En cambio, los comentarios son objetivamente degradantes, objetivantes, humillantes, y frecuentemente, amenazantes por sí mismos³¹.

Dicha formulación es interesante particularmente por dos de sus características, no tratarse de aquello que se conoce como discurso público, pero más aún, del hecho de que no se incluya el carácter o significancia sexual de los actos. Lo primero, tiene relación con la conceptualización del acoso callejero verbal que se ha hecho en el derecho anglosajón, como forma de discurso público ofensivo. Se ha señalado el acoso callejero verbal o lenguaje sexista en espacios públicos – entre otros fenómenos- particularmente como discurso público ofensivo³², el cual se considera una práctica social que refuerza y contribuye a la jerarquía de género, y que configura una instancia en la cual el proceso de subordinación de la mujer es continuo, y en este orden. En este sentido, si bien la libertad de expresión en lugares públicos goza del mayor estatus de protección en cuanto a libertad de expresión, es posible considerar que las conductas descritas no se encuentran protegidas por el ámbito de dicho derecho.

En segundo lugar, por lo general se les atribuye a los actos constitutivos del fenómeno, un carácter sexual inherente. Esto es acertado en la medida que el foco sea el hecho de que la víctima es tal solo en condición de su sexo, porque dicha sexualización va más allá del contenido que expresan dichas conductas. Sobre esto se detallará más adelante al analizarse las conductas del acoso callejero, sin embargo, respecto de su definición, podemos indicar que hay una contradicción

³¹ BOWMAN, C. (1993). Óp. Cit., p 523.

³² NIELSEN, L. (2006). License to Harass: Law, Hierarchy, and Offensive Public Speech (The Cultural Lives of Law). Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

entre entender que “*el acoso sexual consiste en una o varias interacciones focalizadas cuyos marcos y significados tienen un contenido alusivo a la sexualidad...*”³³, y considerar como manifestaciones de dicho fenómeno algunas conductas como expresiones hostiles, o bien las persecuciones y bocinazos en lugares públicos. Así concebido este tipo de acoso restringe las manifestaciones del fenómeno, particularmente desde el punto de vista jurídico penal, pues bajo esa lupa, será necesario fundamentar el compromiso de la sexualidad como también hacerse cargo del carácter sexual desde un punto de vista normativo. Dicho esto, es positiva la abstracción que se logra al denominar los elementos característicos que engloben todo aquello que nos parece forma parte del fenómeno.

Por otra parte, los autores Glick y Fiske formulan la “Teoría del Sexismo Ambivalente”³⁴, y hacen una distinción que –aunque proviene desde el área de la psicología- permite también conceptualizar el acoso callejero en relación al proceso de trivialización que pesa sobre las conductas que son parte del fenómeno, como un todo. Los autores visibilizan que hay dos tipos actitudes sexistas hacia las mujeres, una hostil –*sexist antipathy o Hostile Sexism*- y una benevolente –*subjectively positive o Benevolent*. Explican que el sexismo es una construcción multidimensional, que tiene su base en una visión estereotipada de las mujeres, y que la misma tiene 3 fuentes: el paternalismo, la diferenciación de género, y la heterosexualidad, las cuales se presentan unas u otras con mayor fuerza dependiendo del tipo de sexismo que se trate, como se señaló se visualizan dos. El sexismo benevolente implica una actitud que es fácilmente perceptible como positiva, como la de ayudar, dejar pasar primero o generar un acercamiento de índole íntimo. El sexismo hostil en cambio, evidencia una actitud que importa la búsqueda de dominación, y restricción del rol de la mujer a un estatus inferior en la sociedad, donde las 3 fuentes del sexismo

³³ GAYTAN, P. (2007). El acoso sexual en lugares públicos: Un estudio desde la grounded theory. El Cotidiano, 22, número 143, 5-17. p, 11.

³⁴ GLICK, P., y FISKE, S. (1996). The Ambivalent Sexism Inventory: Differentiating Hostile and Benevolent Sexism. Journal of Personality and Social Psychology, 70, N°3, 491-512.

antes mencionadas, se manifiestan en su máxima expresión, e intrínsecamente ligadas.

Así, el sexismo da lugar a una visión sobre las mujeres que es ambivalente, que tiene una evaluación característicamente opuesta, en dos direcciones hacia las mujeres, y que permite a individuos machistas justificar sus actitudes con cierto "apoyo parcializado" del mismo grupo *des*-favorecido. Señalan los autores que "*... el sexismo ambivalente generalmente puede tomar la forma de dividir a las mujeres en grupos favorecidos, compuesto de mujeres (por ejemplo, dueñas de casa) que hacen suyo los roles tradicionales que satisfacen los estándares paternalistas, sexuales y de identidad de género de los hombres, versus los grupos desfavorecidos (por ejemplo feministas), que desafían o amenazan estas necesidades y deseos*"³⁵. Si bien ambas manifestaciones de sexismo tienen efectos dañosos, y el hecho de que la sociedad propende a la eliminación del favoritismo que permea los estereotipos en sus diversas formas, sobre ciertos grupos en desmedro de otros, es necesario y útil distinguir aquellas manifestaciones del sexismo hostil, puesto que son aquellas las únicas que pueden ser miradas desde la óptica sancionatoria.

Otra forma en que se ha conceptualizado el acoso sexual callejero, es entenderlo como parte de lo que se denomina como "Terrorismo Sexual". Este término, acuñado por Carole Sheffield³⁶, resalta el hecho de constituir la violencia sexual contra la mujer –y con ello el acoso callejero–, un comportamiento que en el tiempo funciona como elemento perpetuador de los roles tradicionales de género, y del estatus de las mujeres como parte del género subordinado. "*El acoso sexual es parte de esta continuidad y ayuda a crear una cultura de terror, en la cual todas las mujeres son potenciales víctimas*".³⁷

Si bien, en un análisis de intencionalidad es difícil concordar con la identificación del acoso sexual como terrorismo propiamente tal, me parece posible

³⁵ Ibid. p, 494.

³⁶ Vease OSHYNKO. (2002). Op. Cit., p.49.

³⁷ Ibid. p. 49. "Sexual harassment is part of this continuum and helps to create a culture of terror in witch "All females are potential victims ..."" Traducción de ésta autora.

resaltar una característica que dicho entendimiento implica, y es la de significar un recordatorio de que ser mujer es equivalente a ser una potencial víctima de violencia sexual, de un delito sexual. Es innegable que en un mundo donde la apariencia de la mujer y su ejercicio voluntario de la sexualidad son utilizados como justificación para el abuso sexual por los hombres y a la vez como criterio de credibilidad en contra de las mujeres, logrando con ello justificar su impunidad, los comentarios y alusiones a la mujer como un objeto sexual se convierten en una forma de intimidación y en una amenaza de violación.

Esto no es gratuito y responde varios factores. El acoso callejero puede asemejarse a un primer acercamiento del agresor para cometer un delito sexual³⁸, en dichos casos se trataría de una parte de la ejecución del delito que sin embargo no es punible bajo el reproche en las distintas fases de su iter criminis. Principalmente porque la naturaleza de dicho delito requiere la percepción inequívoca de que se perpetuará el delito de violación, puesto que aún al tratarse de una forma imperfecta de ejecución, el reproche jurídico-penal que recae sobre el individuo será el que corresponde a ese injusto. *"Lo primero que debemos señalar es que por su propia naturaleza (delito de mera actividad) se excluye la frustración, quedando solo como situación posible la tentativa, siempre que, en los hechos directos, esto es, aquellos vinculados natural y necesariamente con el forzamiento, intimidación o el acceso carnal, exista una univocidad objetiva y peligro inminente de penetración sexual, según la apreciación de un tercero imparcial situado ex ante, con arreglo a la experiencia común".*³⁹

Sin embargo, aun cuando en los casos de acoso callejero no sea posible considerar, a propósito de los hechos que se verifiquen, que el peligro de violación es inminente (como por ejemplo por encontrarse los sujetos en un lugar concurrido)

³⁸ En este sentido, Oshynko (2002) hace hincapié en que teóricos aseveran que agresores usan el acoso como forma de prueba para cometer una violación, "rape-tasting". Si la víctima responde de una manera dócil o débil, el violador se asegura un blanco fácil.

³⁹ POLITOFF, S. MATUS, J y RAMÍREZ, M. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte especial. Chile: Editorial Jurídica de Chile., p. 261

sucede que si es posible estimar que tiene la idoneidad de generar en las víctimas la representación de que aquello suceda.

c. Conductas constitutivas del fenómeno

Como se verá, el acoso callejero se conforma por una amplia gama de conductas que, de acuerdo a las definiciones que hemos esbozado se subsumen en la definición del fenómeno. Es un aporte sustancial el ejercicio de deconstrucción de aquellas conductas que como sociedad hemos trivializado, pero también es necesario distinguir a partir de ello para efectos de proponer la tipificación de una figura, toda vez que es necesario conjugar el principio de lesividad, de acuerdo a la existencia de una amplia gama de conductas diversas en su intensidad, como también el principio de legalidad que no permite –al menos no sin ser controversial– una tipificación genérica acorde a los conceptos que se han esbozado, de acuerdo a este mismo espectro de conductas. Para lo anterior, señalaré las principales clasificaciones que agrupan las distintas formas en que se manifiesta este tipo de acoso.

La clasificación más recurrida es aquella que distingue entre los actos verbales y los no verbales⁴⁰. Respecto de los primeros, corresponde incluir las expresiones o comentarios que se refieren a la apariencia física de la mujer o bien su presencia en público, y que – como se señalará– pueden tener una naturaleza de carácter sexual, como bien puede no tenerla. Son actos verbales las sugerencias sexuales, como expresiones de interacción o involucramiento sexual, los silbidos, comentarios sexistas y hostiles. Por su parte, dentro de las conductas no verbales encontramos otro tipo de comportamientos, y expresiones corporales que van desde los guiños, gestos y miradas, bocinazos, tocamientos sorprendidos, hasta las persecuciones, exposiciones genitales y/o masturbación, e incluso la captación de imágenes.

⁴⁰ OLNEY, M (2015). Óp. Cit.; Así también BOWMAN (1993), Óp. Cit., p. 574

Merece la pena detenernos sobre las conductas verbales que constituyen el fenómeno, puesto que es el ámbito que genera más controversia dentro de quienes abogan por el carácter de última ratio del derecho penal, y por la dificultad que radica en identificar la afectación que conlleva. Mackinnon ilustra en su libro *Only Words*⁴¹, el potente significado que tiene el uso de las palabras, en el cual señala que la sociedad está llena de palabras a las que se le otorga un tratamiento o significancia jurídica y el derecho penal no ha sido la excepción. De hecho, nuestro ordenamiento punitivo sanciona las injurias y calumnias, las amenazas de atentado contra personas e incluso contra la propiedad, el cohecho y la sola solicitud u oferta de un beneficio económico etc., simplemente una perspectiva de género no ha sido considerada en el significado de lo que decimos.

Las jerarquías y desigualdades sociales adquieren contenido y se perpetúan por medio de las palabras y lo que estas comunican y así, el acoso callejero y la objetualización que importa, termina por dibujar aquello que entendemos, por ejemplo, por femeneidad. Corresponde distinguir, porque podría pensarse que la determinación de aquello que es femenino, mediante su objetualización, es un derecho de quien se hace llamar interlocutor. Sin embargo, según esta autora, la esfera de libre expresión se desdibuja al tratarse de actos que afectan a las mujeres por su calidad de tales. La citada autora afirma lo anterior al señalar lo siguiente:

*"No es nuevo observar que mientras la distinción doctrinal entre discurso y acción es obvia en un nivel, en otro nivel tiene poco sentido. En la desigualdad social, no tiene casi ninguno. La discriminación no se divide en actos en un lado y discurso en el otro. Los actos hablan. Tampoco tiene sentido desde el lado de la acción. Los hechos hablan. En el contexto de la desigualdad social, el llamado discurso puede ser un ejercicio de poder que construye la realidad social en la que vive la gente."*⁴²

⁴¹ MACKINNON, C. (1996). *Only words*. Cambridge, Massachusetts. Estados Unidos: Harvard University Press.

⁴²Ibid. p, 31 "It is not new to observe that while the doctrinal distinction between speech and action is on one level obvious, on another level it makes little sense. In social inequality, it makes almost none. Discrimination does not divide into acts on one side and speech on the other. Speech acts. It makes no sense from the action side either. Acts speak. In the context of social inequality, so-called speech can be an exercise of power which constructs the social reality in which people live" (Traducción de esta autora).

Otra clasificación que se puede extraer de lo que se ha expuesto, es aquella que distingue la concurrencia o no del carácter sexual en las conductas constitutivas de acoso callejero. El acoso callejero en su conjunto se compone de conductas que tienen como objetivo a la mujer, en razón de su sexo, como manifestación de una persistente violencia de género en su contra. Sin embargo, eso no quiere decir que todas las conductas estén dotadas de un contenido sexual per se, extraíble sin matices al menos. Sin perjuicio del análisis que en este sentido también corresponde hacer con miras al bien jurídico protegido, y la inclusión o no de una figura típica como parte de la estructura de los delitos sexuales, resulta útil delinear los daños de uno y otro carácter, para efectos de su inclusión en el fenómeno en estudio.

La doctrina oscila en el entendimiento del acto de significación sexual, pues hay interpretaciones diversas respecto de la consideración de elementos objetivos o normativos, y la de un elemento subjetivo, es decir el ánimo libidinoso o lascivo.⁴³ La autora María Cecilia Ramírez explica que aquello se debe al problema que presenta el delito de abusos sexuales, y la equivocidad de ciertos actos. Sucede que el acoso callejero agrupa conductas que permiten identificar el mismo problema, existiendo conductas que evidencian el carácter sexual de la acción, y otras que no, en el sentido de que difícilmente puede argumentarse el compromiso de la sexualidad de la persona acosada. Sin embargo, aquello no obsta a que constituyan una manifestación clara de acoso callejero, que más bien carece de un carácter sexual, o bien de un compromiso de la sexualidad tal, que permita considerarlas, por ejemplo, como un atentado contra la libertad sexual o indemnidad sexual en los términos que establece el código penal.

Ejemplo de lo anterior son las expresiones verbales más bien hostiles, los bocinazos, las persecuciones, las obstrucciones del paso e incluso puede considerarse la captación de imágenes. Catherine MacKinnon esboza esta distinción respecto de los actos verbales y del efecto constructivo y creador que tienen las

⁴³ RAMÍREZ, María Cecilia. "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia". Polít. Crim. nº 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>].

palabras. La autora, refiriéndose a los actos verbales, estima que el acoso que es sexual, afecta como un acto de abuso sexual⁴⁴. Mientras que el acoso que no es sexual “...funciona más a través de su contenido, tal como lo contempla el modelo tradicional de difamación grupal, por más odioso e irracional que sea, no obstante, visceralmente juega con los prejuicios, de todos modos, lesivo de la igualdad de derechos”⁴⁵.

Por último, y en un intento por determinar los daños que genera el fenómeno, otra forma de clasificación se refiere a la graduación del daño significan para las víctimas los distintos comportamientos de acoso callejero. Tiffanie Heben⁴⁶ observa 3 diferentes categorías. Las graves o severa incluye a) Referencias sexuales explícitas, respecto del cuerpo de la mujer o bien actividades sexuales, b) Lenguaje obsceno dirigido hacia la mujer en razón de su género, c) cualquier comentario que corresponda a estas categorías, combinado con insultos raciales o étnicos, d) cualquier comentario que caiga en las categorías mencionadas, combinado con referencias respecto de la posible homosexualidad de la mujer, e) actos físicos tales como seguir a una mujer, lanzarle cosas o tocamientos;

Las moderadas estarían constituidas por a) insinuaciones sexuales, y b) referencias al cuerpo de la mujer o su género, que no sean sexualmente explícitas, y finalmente, entre las menos severas, estarían a) las miradas b) silbidos y c) cualquier otro comentario que los hombres suelen hacerle a las mujeres y que son innecesarios, o bien que no son políticos por naturaleza.

A grandes rasgos, esto es coincidente con la clasificación que efectúa Gayetan, que por su parte agrupa en 5 los comportamientos que se pueden ejecutar,

⁴⁴ MACKINNON, C. (1996). Op. Cit., p 68

⁴⁵ Ibid. p 56.

⁴⁶ OSHYNKO, Norma. (2002)., Op. Cit. “Severe: a) sexually explicit reference to a woman’s body or to sexual activities, b) profanities that are directed at a woman because of her gender, c) any comment that fits into these categories combined with racial or ethnic slurs, d) any comment that fits any of these three categories combined with references to a woman’s possible homosexuality, e) physical acts such as following a woman, throwing things at her, or pinching or poking her. Moderately severe: a) sexual innuendoes, b) references to a woman’s gender or body that are not sexually explicit. Least severe: a) staring, b) whistling, c) all other comments men make to women that are unnecessary or are not political in nature.”, p. 19.

dentro de los que se encuentra el acoso expresivo, el verbal, el físico, las persecuciones y el exhibicionismo. La autora señala que a pesar de que todos constituyen experiencias altamente desagradables para quienes las reciben, se asocian a ellas algunas ocasiones diversos significados y grados de gravedad, siendo las dos primeras consideradas generalmente menos graves y amenazantes en comparación con las tres últimas, sin perjuicio de que la gravedad pueda variar según el contexto en que se desenvuelve cada situación⁴⁷.

Estas clasificaciones, en conjunto, permiten agrupar aquellas conductas que presentan elementos en común, y a la vez hacer un ejercicio delimitante en cuanto a su dañiosidad, como también excluyente respecto de la consideración de sanción de ciertas conductas. Como ejemplo paradigmático, tenemos el caso del piropo.

En este marco, el llamado piropo es la manifestación de acoso callejero entendida como una expresión verbal que pretende el carácter de cumplido y que no refiere un contenido sexual explícito. Es controversial su reproche porque se trata de un comportamiento paradigmáticamente ambivalente. Es posible asignar significados e interpretaciones diversas a partir de las diferentes experiencias, por una parte, negativas, humillantes, intimidatorias o agresivas, o bien por otra parte como meras aproximaciones de coquetería. La limitante es que aún bajo el supuesto de considerar que cualquiera sea la expresión se trata de algo desagradable, que a su vez objetiviza a las mujeres, será necesario atenerse a las consecuencias que la sanción de este tipo de expresiones acarrea.

Si bien desde el punto de vista de quien ejecuta esta conducta, quien con su hostigamiento podría o no estar intentando entablar simplemente contacto, y pudiendo el hecho tratarse o no de una conducta inofensiva físicamente, desde el punto de vista de la víctima significa igualmente el tener que soportar un comportamiento intrusivo, no recíproco, que cosifica a la persona a la cual va dirigido, y que por lo tanto razonablemente tiene la aptitud para evocar una

⁴⁷ GAYTAN, P. (2007). Óp. Cit., p. 15.

sensación de peligro, al señalar de una manera u otra que el ser mujer significa la posibilidad y disponibilidad para ser objetualizada en los espacios públicos. Aun así, en este orden de cosas, corresponde clasificar el piropo como dicha manifestación de acoso moderada o menos severa, dependiendo del carácter sustancial de la expresión. Esto es coherente con la clasificación de sexismo anteriormente citada, pues el piropo se identifica con lo que entendemos como "sexismo benevolente", y no como "sexismo hostil", de manera tal que, si bien puede argumentarse su dañosidad como práctica social, resulta cuestionable la consideración de su sanción desde un punto de vista punitivo.

La dificultad principal que este breve ejercicio permite concluir, es la imposibilidad de considerar la tipificación del fenómeno en términos genéricos, de acuerdo a la definición o descripciones previamente mencionadas, toda vez que hay, en cada conducta diferente que forma parte del fenómeno o al menos en cada grupo de conductas según lo antes descrito, una intensidad distinta en la afectación de los bienes jurídicos protegidos en cuestión.

III. Determinación del bien jurídico afectado.

La determinación del bien jurídico penal aquí en juego no ha sido gran tema de discusión para efectos de dotar de contenido al injusto que se propone. Por una parte –como se verá–, las propuestas de tipificación que incorporan el fenómeno, han dado por sentada su inclusión en la estructura de delitos sexuales, o bien han dotado a todos los actos de un compromiso de la sexualidad. De otro lado, las críticas en contra de la tipificación se han centrado en aspectos propios de un ejercicio posterior en la tarea de legitimación de la intervención penal, como lo son por ejemplo aspectos propios de política criminal.

Considerando que, en orden a justificar la idea de intervención del derecho penal, el principio de lesividad requiere primeramente la tutela de un bien jurídico afectado, debe despejarse además la duda sobre si los actos son punibles en sí mismos o bien porque implican un comportamiento portador de peligro de intereses individuales o sociales. De esta manera, aquí se pretende profundizar la consideración de cuáles son los intereses amparados y cuál es la forma de afectación de los mismos, con una perspectiva de género, en consideración de los daños que experimentan las mujeres al ser blanco de este tipo de acoso, como individuos, pero también como grupo, sentido en el cual es posible determinar el reproche de la acción en conductas que constituyen acoso callejero.

a. Autodeterminación sexual e Indemnidad sexual.

La posición mayoritaria estima que la estructuración del derecho penal sexual se debe efectuar en torno al concepto de autodeterminación o libertad sexual⁴⁸, el cual se entiende como parte de la esfera de la libertad general de cada individuo, y que se refiere a la capacidad de ejercer la propia voluntad en las interacciones de significación sexual con otras personas. En este sentido, la doctrina⁴⁹ distingue en

⁴⁸ RODRIGUEZ C, L. Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999. Editorial Jurídica de Chile. 2000., p. 60

⁴⁹ Ibid., p. 61.

la libertad sexual dos dimensiones, una positiva y una negativa. La primera se refiere a la libre disposición por la persona de sus potencialidades sexuales como lo es la facultad de ejercer libremente la propia sexualidad, y la dimensión negativa significa el derecho de una persona a no verse involucrada por otro individuo, sin su consentimiento, en un contexto sexual. Es esta última dimensión aquella que se protege por el derecho penal, constituyendo delitos únicamente las acciones que constriñen a otro a involucrarse en una interacción sexual o aquellas que afectan lo que se puede denominar como libertad de abstención sexual.⁵⁰

Dicha concepción se denomina como dualista, puesto que además hace una diferenciación respecto de la identificación del objeto de protección de acuerdo a la edad de quien puede fungir como víctima del delito⁵¹. Así, cuando la víctima se trate de una persona menor de 14 años se trataría de delitos contra la indemnidad o intangibilidad sexual. Lo anterior, se explica por qué carece de sentido considerar que la libertad sexual es el objeto de tutela respecto de aquellas personas que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, no tienen la capacidad de consentir válidamente la realización de actos sexuales⁵². La indemnidad sexual se define, en este sentido, como *"el derecho que corresponde a tales personas de no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual"*.⁵³

En este orden, la consideración del acoso callejero como afectación a la autodeterminación o libertad sexual es cuestionable desde el punto de vista según el cual la señalada estructura tradicional de los delitos sexuales concibe los comportamientos que significan una afectación de la libertad de abstención sexual o involucramiento en un acto sexual. Bajo esta idea, el Código Penal determina que es un delito sexual, finalmente, de acuerdo al acto sexual ejecutado, distinción que

⁵⁰ BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. (1997). PROBLEMAS BÁSICOS DE LOS DELITOS SEXUALES. Revista De Derecho, 8 Núm. 73-94. p. 86.

⁵¹ MAÑALICH RAFFO, J. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134754>, p. 26

⁵² Ibid., p. 62.

⁵³ Ibid., p. 64

incide en la penalidad como también en la punibilidad, ambas intensificadas, de acuerdo el comportamiento corresponda –en orden de graduación- al acceso carnal en el delito de violación, estupro y sodomía (Art. 361, 362, 363, 365), acción sexual en el delito de abuso sexual (Art. 366 ter, 366 366 bis, 365 bis), y los actos de significación sexual en el caso del delito de involucramiento de menores en una interacción sexual (Art. 366 quater).

Si bien la consideración de la punición del acoso callejero conlleva el reconocimiento cultural de exclusión de contacto sexual prima facie, común a los delitos sexuales del Código Penal de acuerdo a la llamada libertad negativa, se trata de una figura más compleja pues como se argumenta en este trabajo, no todos los actos que constituyen acoso callejero tengan este carácter, como tampoco es inequívoca la afirmación de que la expectativa de exclusión se vea infringida. El propio sistema es aquel que establece requisitos en torno a la acción sexual y a la significación sexual, los cuales delimitan las propiedades de aquello que resulta constitutivo del carácter sexual, por lo que, para extender el derecho penal sexual en orden a incluir los actos de acoso callejero, cabe preguntarse si ¿Puede considerarse el acoso callejero como el acto de constreñir a otro a involucrarse en una interacción sexual? Este pareciera ser el mayor obstáculo del acoso callejero, ¿Cómo encaja el fenómeno en esta estructura del derecho penal sexual del Código Penal?

La determinación de lo que significa un comportamiento sexual en el derecho penal, ya sea el realizado por el autor del delito o aquel padecido por la víctima, no puede abstraerse del sentido que le otorga la cultura. Lo cierto, es que los comportamientos concebibles como acoso sexual en lugares públicos son diversos, siendo posible identificar actos que no tienen un componente sexual inequívoco, o que simplemente no lo tienen, y que por lo tanto afectan más bien por su contenido que por una manifestación principal de índole sexual no recíproca, pero que son sin embargo casos paradigmáticos de acoso callejero. Si bien hay comportamientos que

refieren un carácter sexual que resulta más palpable⁵⁴, como por ejemplo actos físicos tales como las tocaciones sorprendidas, exhibición de genitales o masturbación, es posible atribuir a ambas dimensiones de carácter sexual y no sexual, una afectación común de acuerdo a los daños que las mujeres consideran sufridos, cuestión que no se debería obviar.

Por ello, la dualidad propia del acoso callejero da cuenta de que la libertad o autodeterminación sexual, no sirve como concepto idóneo para la determinación del bien jurídico que se ve principalmente menoscabado, pues no logra formular un fundamento del plus de la ilicitud que incorpore la esencia de aquello que se busca reprochar en los casos de acoso callejero. Cabe preguntarse si el objeto del comportamiento al que es constreñida la víctima es o no de naturaleza sexual, en tanto es el ámbito sexual, el ámbito específico de acción en los delitos sexuales.

Ahora, los cuestionamientos a la autonomía sexual y la indemnidad o intangibilidad sexual como esquema dualista⁵⁵ del objeto de protección en el sistema de delitos sexuales, y la consecuente falta de idoneidad de la libertad sexual para determinar el bien jurídico cuya protección se dispensa en el ordenamiento jurídico en estos casos, han dado lugar a la propuesta minoritaria de ser la noción de indemnidad sexual el objeto protegido, al menos en el delito de violación.⁵⁶

El ejercicio utilizado por Mañalich al proponer esta interpretación, refiere el análisis de un "caso puro" de violación, efectuado por Gardner y Shute⁵⁷, en el que prescindieron de todo daño corporal o psicológico derivado de los hechos constitutivos del delito de violación, para extraer que la esencia del reproche si puede ser la objetualización de la persona misma de la víctima, siendo propiamente la autonomía el fundamento de la prohibición. Para efectos de este análisis, diferenciando evidentemente la intensidad de afectación, pareciera ser que hay un núcleo en

⁵⁴ Que de igual manera quedan fuera de aquello que en la estructura de delitos sexuales se conforma por el techo y el piso de la graduación de los delitos sexuales.

⁵⁵ MAÑALICH RAFFO, J (2014). Óp. Cit., p.26

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ GARDNER, John y SHUTE, Stephen. (2000), *The Wrongness of Rape*. En Horder, *Oxford Essays in Jurisprudence*. 4. Oxford. Oxford University Press., pp.193-217.

común con el acoso callejero en sus diferentes manifestaciones, que puede justificar la existencia de un plus de injusto, y entenderse como afectación en los casos considerados más graves de acoso.

Mañalich afirma -críticamente- respecto del ejercicio antes mencionado, y en relación con el delito de violación que: *"Si bien la noción de libertad o autonomía sexual es inservible para la identificación de aquello que es protegido a través de la prohibición jurídica de la violación, la noción más genérica de autonomía personal -entendida en términos de un estatus relacional de no-dominación- si puede ser exitosamente invocada como criterio de fundamentación y delimitación de esa misma protección."*⁵⁸

Entendida además la indemnidad sexual, bajo esta interpretación, como "...la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas"⁵⁹, nos encontramos con que si bien esto tiene consecuencias teóricas y penológicas específicas respecto de la penetración propia de la violación, resulta útil no obviar que también es posible identificar en las conductas analizadas como manifestaciones de acoso callejero, la concurrencia de una objetualización de la persona misma de la víctima respecto de su estatus de sujeto portador de autonomía, con la misma propiedad situacional descrita. Dicho esto, cabe preguntarse cuando una forma de objetualización merece reproche punitivo, y si puede considerarse incluido el acoso callejero.

Plaxton analiza la conclusión extraída en *"The Wrongness of Rape"* y, a partir de lo que entiende Nussbaum por instrumentalización y por la problematización que hay del mero uso de otra persona⁶⁰, amplía el fenómeno discutido por los autores que proponen el caso puro de violación. Así, el autor afirma y cuestiona acertadamente que la objetualización es abundante en nuestra cultura, ¿Por qué enfocarse en la violación, en vez de más bien, en la objetualización en sus diversas

⁵⁸MAÑALICH, P. (2014).Óp. Cit. p, 42.

⁵⁹ Ibid. p, 43.

⁶⁰PLAXTON, M. (2014). Nussbaum on Sexual Instrumentalization. Criminal Law and Philosophy, 10 (1), 1-16

formas?⁶¹ Esta afirmación parece reconocer que hay algo en común, y aquello se puede identificar de alguna manera con las conductas constitutivas de acoso sexual en los espacios públicos, pues no son sino en este orden, manifestaciones de la objetualización de otra persona, en particular de la mujer, pues involucran la expresión y recordatorio de ser la mujer la reducción de la persona a un objeto sexual, únicamente en razón de su sexo.

Un elemento interesante a destacar del marco crítico de la objetualización y el reproche que esta conllevaría, es el concepto de *simmetry* o simetría, particularmente aquel que los autores citados denominan *mutuality* o "reciprocidad", toda vez que se reconoce que un episodio sexual determinado puede ser unilateral, implicar una objetualización de la otra persona y aun así ser recíproco.⁶² En este orden, y para efectos de cuestionar y descartar que toda objetualización sea propiamente reprochable, Plaxton describe la forma de determinar si existe o no reciprocidad, citando a Nussbaum, y afirma que "Es necesario tener en cuenta no solo las circunstancias inmediatas que rodean la actividad sexual en cuestión, sino también la relación más amplia entre las partes (suponiendo que existe) y su posición social relativa."⁶³ Dejando atrás la privatización que ha hecho el derecho penal de los daños sufridos por las mujeres, en tanto problema relacional entre hombres y mujeres que se enmarca en la familia, resulta interesante la importancia otorgada al contexto en que se relacionan las personas, y como este adquiere relevancia, sobre todo cuando es posible efectuar un análisis de género y jerarquía al respecto.

Es posible concebir la afectación del bien jurídico de indemnidad sexual, por significar una objetualización desde el punto de vista descrito. En contexto, generalmente la persona que acosa es desconocida para la persona acosada, y el

⁶¹ Ibid. p. 2.

⁶² Ibid. p. 11.

⁶³ Ibid. p. 9. "...it is necessary to look not only at the immediate circumstances surrounding the sexual activity in question but at the wider relationship between the parties (assuming one exists), and their relative social standing" (Traducción de esta autora).

acosador tampoco pretende entablar una relación, o conseguir siquiera una respuesta en torno a la satisfacción de un deseo sexual por parte de la persona acosada. Por lo demás, estimar lo contrario, significa defender una presunta voluntad de acceder o al menos tolerar dicha interacción o incidencia.

b. Libertad ambulatoria.

Teóricas y teóricos feministas en el derecho anglosajón han aludido principalmente a la afectación de estés interés individual, puesto que el acoso tiene un profundo efecto en la conciencia de las mujeres y su libertad espacial en el espacio público, al ocurrir lo que señala Bowman⁶⁴, quien postula que se produce lo que denomina como "*ghettoizacion*" de las mujeres, en atención a que este tipo de acoso reduce su movilidad física y geográfica, logrando con ello que las mujeres opten por no aparecer solas en espacios públicos, se abstengan de acudir a ciertos lugares y actividades, ideen caminos distintos, incluso más largos, evitando callejones, lugares oscuros, donde a su vez hay pocas mujeres.

Sin embargo, y a pesar de que cuestionemos sobre si dichas reacciones son efectos o consecuencias de la afectación y no la afectación misma, la consideración del acoso callejero como atentado contra la libertad ambulatoria en nuestro ordenamiento jurídico requeriría una nueva conceptualización, tanto por la protección restrictiva que se le otorga en el código penal, como por los requisitos doctrinales y jurisprudenciales en la afectación del mismo.

La doctrina ha definido fundamentalmente la libertad ambulatoria como la facultad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico⁶⁵, sin embargo, se entiende en nuestro ordenamiento jurídico a partir de los delitos de secuestro de personas y sustracción de menores que establecen los artículos 141 y 142 del Código Penal, y la detención arbitraria o ilegal en los artículos 143 y 148 del

⁶⁴ BOWMAN, Cynthia. (1993)

⁶⁵ MUÑOZ SANCHEZ, Juan. (1992). El delito de detención. Madrid: Trotta., p. 51.

Código Penal. Las formas de comisión a este respecto son encerrar, detener y aprehender, es coherente afirmar entonces que la libertad ambulatoria se protege de ataques restrictivos de la libertad, es decir, que consiste en el supuesto en que de alguna manera se afecte la libertad de abandonar un lugar determinado. Se trata de un atentado específico a la libertad ambulatoria: la coacción a omitir abandonar un lugar⁶⁶.

No hay alguna norma penal que considere el supuesto inverso, que sería en este caso, por ejemplo, el hecho de obligar a alguien a abandonar un lugar determinado, en relación a la referencia del acoso callejero como acto de exclusión. En estos casos se podrá estar ante un delito de coacciones –en la medida que se configure con violencia física-, en cuanto afecte a la libertad personal de actuación o ejecución.

De pensar en una posible protección del aspecto positivo de la libertad ambulatoria, existen otros elementos y criterios diferenciadores que deben analizarse. Se estima por ejemplo que un breve impedimento a desplazarse, detenciones o encierros leves, como no abrir el ascensor en el piso requerido, o no parar el microbús en el paradero que se solicita, no alcanzan la intensidad de la dañosidad social necesaria para subsumirse en la hipótesis. En este sentido se ha entendido que una interrupción momentánea de capacidades o facultades de movimiento no constituye una afectación relevante de la libertad ambulatoria, exigiendo una significación temporal. Parece procedente concluir, a contrario sensu, que este presupuesto no se cumple en los casos que se enmarcan en el acoso callejero.

⁶⁶Ibid. “Existe unanimidad para excluir del tipo legal aquellos supuestos que, aunque suponen un menoscabo de la libertad de movimiento, no afectan a la libertad de abandonar un lugar determinado”, p.51.

c. Seguridad individual

Resulta interesante analizar la lógica en considerar a la seguridad individual como bien jurídico afectado en los casos de acoso callejero, en tanto posible tratamiento de este bien jurídico como presupuesto de la afectación de otros objetos de protección, particularmente útil desde el punto de vista de la libertad personal.

Cabe descartar a priori la idea de la seguridad individual entendida como el sentimiento de encontrarse “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”, pues este concepto parece de una u otra manera incorporarse en la idea de que el bien jurídico de seguridad individual es dependiente de la protección penal que se otorgue al riesgo concreto de lesión, que puede referirse al resto de los delitos y por lo tanto, conceptualizado como delito de peligro por excelencia. Lo que interesa a este estudio, es la conceptualización de la seguridad individual como bien jurídico portador de un injusto autónomo, pero que juega un papel en los delitos que protegen la libertad individual, pues los delitos relacionados a dicho bien jurídico, usualmente contemplan la seguridad individual como presupuesto de aquel⁶⁷.

Las nociones de seguridad y libertad personal no son univocas, ni mucho menos análogas, cuestión que, para efectos del análisis aquí efectuado, vale la pena delimitar. De acuerdo a la doctrina nacional, la seguridad individual se define como la conservación empírica de las condiciones que permiten la existencia de los seres humanos⁶⁸, sentido que la seguridad individual funcionaría como presupuesto de la libertad individual. Se entiende, asimismo, como la protección referida a la garantía en el ejercicio de los derechos, pues como Matus afirma, cabe apreciar un orden factico, en que aquello que sirve a la subsistencia individual primero existe, y luego se tiene⁶⁹.

⁶⁷POLITOFF, S., MATUS, J, & RAMIREZ, M. (2003). lecciones de derecho penal chileno tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile., p. 219

⁶⁸MATUS ACUÑA, J. (2015). La protección de la seguridad personal en el Código Penal. Revista Ius Et Praxis, 1, 387-396.

⁶⁹ Ibid., p. 389.

Sin embargo, la seguridad personal conceptualizada como aquellas descripciones de estados de cosas que vale la pena conservar para la preservación de la existencia humana, reduce la tarea normativa a la descripción de sucesos empíricos que atentan contra tales descripciones, de manera contrastable⁷⁰. Esta idea pareciera aludir, al menos implícitamente, a una cuestión de probabilidades, y con ello invoca la categoría de delito de peligro en todas las figuras que afecten directamente la seguridad individual -como lo señalamos previamente-, lo que no solo es discutible considerado el menoscabo de la seguridad como injusto autónomo, sino también como presupuesto de la afectación de otro bien jurídico, la libertad personal, que puede lesionarse o bien generarse una situación de riesgo respecto del mismo.

Otro sector doctrinario afirma que la seguridad individual se relaciona con el sentimiento de paz jurídica, valor que se vería afectado cuando el mal causado posee una entidad material que se entienda susceptible de dar lugar a un peligro en particular. Lorenzo Salgado, en este sentido, efectúa un análisis acerca del bien jurídico protegido en el delito de amenazas, a partir de la distinción entre las figuras de *amenazas condicionales*, y *amenazas simples* que hace el Código Penal español – distinción, superficialmente al menos común a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 296 y 297 del Código Penal-, y extrae criterios delimitantes de uno y otro bien jurídico. En este contexto, es coincidente con la concepción de la doctrina nacional de acuerdo a la cual ambos bienes jurídicos, seguridad individual y libertad personal, se encontrarían vinculados al ser uno el presupuesto del otro, sin embargo, en el sentido de que "...lo que se protege en primera línea es en realidad la paz jurídica, solo a través de la lesión de la paz individual o del sentimiento subjetivo de seguridad adquiere relevancia la lesión de la libertad"⁷¹.

⁷⁰ Ibid., p. 394

⁷¹ LORENZO SALGADO, J. "El delito de amenazas. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido", en Estudios Penales y Criminológicos nº12 (1987-1988), pp. 249 a 304., p. 279.

En este análisis comparativo, atendido principalmente a las amenazas llamadas simples, el autor cita a Manzini, quien señala que producida una perturbación de dicha actividad interior (libertad interna) se puede causar, además, una afectación de la libertad externa abocando a la persona a tomar ciertas cautelas que, en otro caso, no tomaría. De esta manera, se lesiona, en suma, la libertad moral, psíquica, interna, o sea la facultad de determinarse libremente conforme movimientos propios⁷². Libre autodeterminación.

La lesión de la seguridad individual, entendida normativamente –en esta estructura- según Larrauri como un presupuesto objetivo-individual⁷³ no se condiciona a la eventual lesión de la libertad personal, cuestión que puede suceder o no, pues –continúa la autora- de lo que se trata, es de proteger los presupuestos objetivo-individuales para que la libertad pueda desarrollarse. De la misma manera, Guzmán Dálbora entiende la seguridad individual como conectada funcionalmente con las posibilidades de participación y actuación, en el sentido de que un déficit en las condiciones asociadas a la seguridad individual, incide negativamente en la propia posibilidad del ejercicio de la libertad⁷⁴.

Lo anterior se explica (y en este sentido se aleja de la doctrina mayoritaria) en que si bien este sentimiento subjetivo puede entenderse como capaz de producir en el ofendido un estado de ánimo de temor a la producción de una intimidación injusta, aquello se puede lograr identificar con un impacto en la capacidad de deliberación o decisión de voluntad, de acuerdo al proceso volitivo elaborado por Binding, en tanto motivo extraño al sujeto en la deliberación de sus decisiones, y en ese sentido si es susceptible de afirmar la lesión de la seguridad y de la aptitud para poner en peligro la libertad personal. Esta idea es sin embargo contraria a lo postulado por el mismo Binding, según quien solo sería inculpa a título de

⁷² Ibid., p.291

⁷³ Ibid., p.299

⁷⁴ GUZMÁN DÁLBORA, J. El delito de amenazas, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1999.

libertad individual o seguridad individual aquel ataque característicamente conminatorio⁷⁵.

Lo interesante en este ejercicio, recae en las consecuencias en el ámbito de la punición, el cual se ve restringido, pues lo relevante en este estadio es determinar si en aquel caso concreto, y si en aquella persona concreta, se produjo esa lesión y no –continúa Larrauri- ‘si el sujeto ha sido intimidado, o si la amenaza era objetivamente apta’⁷⁶, (para efectos de lesionar la libertad personal), lo que sugiere que la seguridad personal es susceptible de lesionarse de manera autónoma.

d. Libertad de autodeterminación.

Un análisis bajo la perspectiva de la libertad como bien jurídico exige entender que el acoso callejero menoscaba la libertad personal como presupuesto concreto de la realización de dicho bien jurídico, lo cual se determina como ausencia de interacción coercitiva, pues la coacción es el núcleo del injusto de todos los delitos contra la libertad. De esta manera, la pregunta en cuestión dice relación con la posibilidad de concebir el acoso callejero como un atentado que menoscaba, de alguna manera, la libre realización de la voluntad sin constreñimientos que provengan de una tercera persona.

Como punto de partida, la estructura del acoso callejero se logra identificar de alguna manera con la conceptualización que efectúa Mackinnon respecto del acoso que es verbal, pues señala que existe un proceso de empoderamiento del perpetrador que es correlativamente traumatizador de la víctima, que ocurre más que por el contenido mismo de las palabras (o también los actos) en su sentido más ordinario, en razón de las experiencias que aquellas encarnan y transmiten. Por ejemplo, la lesión que acompaña las palabras, atenta en contra de las mujeres como grupo en una escala masiva. La autora afirma que existe un *efecto acumulativo* que

⁷⁵ BASCUÑÁN R, A. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 47. (1994), pp. 191 a 306., p. 195.

⁷⁶ LORENZO SALGADO, J. (1987-1988). Óp. Cit., p. 299.

afecta a las mujeres como grupo de una manera en particular, significando de esta manera los actos de acoso la introducción de un motivo ajeno preponderante, que tiene la potencialidad racional de excluir a las mujeres de espacios y recursos públicos.

De acuerdo a las fases del proceso volitivo que elabora Binding, puede distinguirse como presupuestos facticos de la capacidad personal de acción entre la libertad de formación de la voluntad, la libre voluntad de determinación, y la libre voluntad de ejecución en el caso concreto, como objetivos de ataque coercitivamente relevante.⁷⁷ De esta manera, es posible identificar la descripción del menoscabo que se ha efectuado respecto de acoso callejero, con la afectación de la libre voluntad de determinación, conforme motivos propios.

El profesor Etcheverry define la libertad de autodeterminación como la facultad de determinar la propia conducta dentro de la vasta zona de actos indiferentes para la ley.⁷⁸ En este sentido Etcheverry señala que no aparece lesionado el orden jurídico, en consecuencia, por el acto mismo a que se nos obliga, que es irrelevante, sino por el hecho de privárenos de la facultad de decidir por nosotros mismos, sin interferencia, si lo realizaremos o no.⁷⁹

El acoso callejero se encuentra íntimamente ligado a las formas tradicionales de violencia física en contra de las mujeres más graves, sucede que usualmente la violencia verbal puede venir acompañada de otros actos no verbales, como por ejemplo ser objeto de seguimiento por la calle, bloqueos de camino, o ser sujeto de tocaciones, lo que incluso puede escalar a agresiones de mayor intensidad y violación⁸⁰, aquellos actos expresan transversalmente que la mujer es un sujeto factible de objetualización, por lo que tienen el efecto de generar temor en sí mismo

⁷⁷ MAÑALICH RAFFO, J. (2009). p. 77.

⁷⁸ ETCHEVERRY, A. (1998). Derecho Penal. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile., p 195.

⁷⁹ Ibid. 244.

⁸⁰ SHAH, S. (2016). Open season: Street harassment as true threats. University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change, 18, 377-401; En el mismo sentido, Bowman (1993) Óp., Cit. al señalar que el “rape-testing”, consiste en la práctica de agresores sexuales, en la que usualmente acosan a mujeres en espacios públicos mediante la invasión de su espacio personal para así determinar que mujeres serán blancos más fáciles, de manera de comprobar la existencia de una apariencia de vulnerabilidad, y probar si la víctima se siente intimidada por el acoso. p. 536.

a la victimización que proviene precisamente de esta forma de violencia, alterando la percepción de seguridad y restringiendo con ello, razonablemente el comportamiento de la mujer en espacios públicos

Bajo este entendido, en el que las manifestaciones constitutivas de acoso callejero importan una interferencia en el proceso volitivo de las mujeres, y precisamente significan un motivo ajeno que afecta la libertad de decisión o deliberación, pues aquella se determina finalmente por motivos ajenos a la correspondiente voluntad, se debe señalar que dicho ataque solo tiene relevancia penal en la medida en que se encuentre referido al constreñimiento de un determinado comportamiento, que es el objeto del cual se predica la libertad o la coerción. De esta manera, es necesario preguntarse cuando es posible afirmar que existe un menoscabo a la libertad en este sentido ¿cuándo las mujeres se ven obligadas racionalmente a tomar resguardos, a los que de otra manera no se recurriría? ¿O bien cuando es posible afirmar que el interés en la utilización de dicho bien, razonablemente disminuye?

Una proyección argumentativa en esta línea, obliga traer a colación la clasificación de los tipos de delito, y la de vincular la forma de afectación antes mencionada sobre la base de la tipología de los delitos de peligro. Las propias características del acoso callejero nos llevan a cuestionar la concepción tradicional de los delitos de peligro, pues el paradigma de la agresión se orienta según un esquema espacio temporal⁸¹. Esto quiere decir, entre otras cosas, que los delitos de peligro se determinan en función de la valoración que se hace de la proximidad de los actos ejecutados con la lesión propiamente tal del bien jurídico en cuestión. En el caso del acoso callejero esto puede suceder, como puede que no, pues se concibe que no todas las manifestaciones de acoso callejero exhiben un afán de continuar en este orden sucesivo temporal hasta lesionar el bien jurídico, por lo cual resulta difícil construir un esquema espacio temporal que tenga correlato.

⁸¹ KINDHÄUSER, U (2009). Estructura y Legitimación de los delitos de peligro. En *InDret* (1), p. 7.

Desde esta perspectiva es necesario analizar la justificación del injusto de peligro de manera independiente al injusto de la lesión. Kindhäuser, entiende que la afectación de un bien jurídico no se restringe únicamente al menoscabo de la sustancia (como en los delitos de lesión), pues incluso se prevé el castigo con pena de los menoscabos de posibilidades muy diversas de utilización de cosas, junto a los daños, entre otros, la frustración de derechos de aprovechamiento u ocupación⁸², constituyendo aquello una manera válida de menoscabo al valor de dicho objeto.

El autor señala de esta manera, que si se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en sustancia, disminuye considerablemente el interés en el mismo, el cual se orienta a la existencia segura en la utilización del bien⁸³, y aquello configuraría una puesta en peligro concreta. Puede considerarse que dicha situación o comportamiento es subsumible con los casos de acoso callejero, en la medida que genera una situación en que la libertad personal puede ver menoscabado su valor cuando dicho bien no se puede utilizar racionalmente como medio para el libre desarrollo, pues al utilizarlo no es suficientemente seguro que no será dañado.

En este sentido, el hecho de poder hacer uso de dicha libertad de decisión, y la racionalidad con la que se posibilita el uso de dicho bien, o, bien no poder hacerlo, tiene un componente empírico, que da cuenta que su establecimiento por el ordenamiento jurídico se encontraría reconociendo una realidad que hasta ahora desconoce, de acuerdo a una perspectiva de género, que establece como dañosa esta práctica social. El ejemplo que cita el autor consiste en el descubrimiento de que terroristas han intentado hacer explotar una bomba en el tren en que una persona se desplaza diariamente al trabajo. Esto tiene como consecuencia el hecho de que *"...pese a que la carga para el individuo sea solamente pequeña, esa*

⁸² Ibid., p. 11

⁸³ Ibid., p. 15

intervención se puede convertir cumulativamente en un injusto importante”, pues conlleva una restricción de la configuración de la vida importante⁸⁴.

En el caso del acoso callejero, es justamente la experiencia y observación empírica que dan lugar a aquello a que se refiere Mackinnon como el efecto acumulativo que afecta a las mujeres como sujeto colectivo, plenamente coincidente con lo que plantea Kindhäuser respecto de la conformación del injusto, toda vez que las afectaciones cotidianas que sufren las mujeres en términos de acoso callejero, en razón de su sexo, concurren determinadamente sobre ellas, como grupo, juzgado aquello sobre la base de la experiencia común.

Ahora, en términos concretos, el legislador entiende que la libertad puede verse afectada cuando un tercero influye sobre nuestra voluntad, constriñendo física o moralmente la voluntad, para hacer, dejar de hacer, o no hacer algo. Aquello responde a que -como señalamos- la libertad se construye a partir de la idea de coacción. Los casos en que se obliga a una persona a realizar o abstenerse de una determinada conducta, sin que la conducta afecte otro bien jurídico, o sin que dicha conducta constituya en sí misma un delito, se ve considerada por dos clases de delitos en nuestro sistema, las coacciones y las amenazas, diferenciados respectivamente por sus medios comisivos. Ambos, con particularidades y obstáculos propios a la hora de pretender la consideración de una perspectiva de género en su aplicación, serán tratados en el título siguiente.

⁸⁴ Ibid., p.14

IV. Derecho penal vigente frente a la violencia sexual contra las mujeres en espacios públicos: Insuficiencia de los tipos penales existentes

a. Delito de abuso sexual

De considerar que los actos de acoso callejero podrían tratarse como delitos contra la autonomía sexual, lo lógico, sería poder recurrir a la figura de las acciones sexuales constitutivas de abuso, grave o menos grave dependiendo de la edad de la víctima. Partiendo de la base de que podemos clasificar los actos constitutivos de acoso callejero en conductas verbales y no verbales, es posible notar que ambas dimensiones del fenómeno, incluso aquellos actos no verbales que incluyen contacto corporal, encuentran obstaculizada la consideración de que el delito de abusos sexuales sirva para encauzar las manifestaciones de dicho fenómeno.

El artículo 366 del Código Penal establece que:

"El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años."

Asimismo, la hipótesis del abuso sexual respecto de personas menores de 14 años, de acuerdo al artículo 366 bis, señala que:

"El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo."

El artículo 366 ter del Código Penal, por su parte establece los elementos típicos para que una conducta quede comprendida en el delito de abuso sexual sobre la base del concepto de acción sexual, este artículo señala lo siguiente:

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

En base a lo anterior, es posible descartar a priori el recurrir a esta figura para proteger las conductas verbales, toda vez que el tipo exige expresamente el contacto corporal o bien la afectación de lo que el legislador y la doctrina mayoritaria ha entendido por zonas erógenas, ya sea en manifestación de impulsos sexuales o no.

Rodríguez Collao, estima –minoritariamente- que la afectación de las los genitales, ano o boca de la víctima, puede entenderse de manera amplia, considerando que también sería constitutivo de abuso sexual *"la contemplación lasciva de zonas erógenas del cuerpo"*⁸⁵. Si bien, por ejemplo, las miradas lascivas son consideradas por algunas autoras y autores como constitutivas de acoso callejero, susceptible de alguna forma de reproche punible, esta - ya bastante amplia- interpretación presenta la problemática que se refiere a lo que se entiende como afectación de zona erógena, pues aquello se interpreta de manera restrictiva de acuerdo a la descripción del tipo en el Código Penal. Respecto del concepto de zona erógena, la posición mayoritaria no incluye las partes del cuerpo que típicamente son objeto de las miradas y tocaciones en los espacios públicos, los senos, por ejemplo. La consideración de los senos como zonas erógenas además es controversial⁸⁶, sin embargo, aun tratándose de una zona concebida como erógena, la mera contemplación no se considera como un acto que comprometa realmente el bien jurídico protegido en este delito.⁸⁷ Esto se explica porque la delimitación que estableció el legislador en relación al requisito de corporeidad del ataque, sería la

⁸⁵ RODRIGUEZ COLLAO, L. (2000). Óp. Cit., p. 208.

⁸⁶ La expresa inclusión de los senos como zona eroga puede considerarse como la institucionalización de la erotización de la que son, valga la redundancia, objeto.

⁸⁷ RAMÍREZ, María Cecilia. "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia". Polít. Crim. nº 3, 2007. A4. p. 1-13. [<http://www.politicacriminal.cl>].

única forma de extraer el abuso de otra persona, y no un ejercicio de la propia sexualidad⁸⁸, en tanto el objeto de protección sería la autonomía sexual de la víctima.

De esta manera, el contacto corporal constituye un criterio normativo que representa un umbral mínimo en la estructura de los delitos sexuales, que a su vez es considerado como concurrente transversal en el espectro de las acciones sexuales, confiriéndose protección penal más allá de dicho límite únicamente tratándose de menores de 14 años⁸⁹. Se entiende que existe afectación de la autonomía sexual cuando concurre un involucramiento corporal de propia mano por el autor, y no cuando se trata de lo que se entendería –a contrario sensu- como una forma de expresión de la sexualidad, pues aquello incorpora un criterio de moralidad, propio de los delitos contra la moralidad y las buenas costumbres. Esto es lógico a propósito de las miradas lascivas antes mencionadas, sin embargo no es tan claro respecto de otros actos que tampoco implican contacto corporal, como aquellos consistentes en la realización de acciones sexuales ante una persona, y que si bien, falta la concurrencia de contacto corporal en la conducta, resulta difícil argumentar que aquello sería una mera expresión de sexualidad, pues si conlleva el involucramiento de la persona de la víctima en una interacción de significación sexual.

Si bien no se considera una hipótesis de abuso sexual⁹⁰, el artículo 366 quater establece la figura de involucramiento en una interacción de significación sexual, pero se trata de una protección dispensada únicamente para las personas menores de 14 años. La disposición señala lo siguiente:

“El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o

⁸⁸ BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. (1997). Óp. Cit., p. 80.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. (2000). Óp. Cit., p. 217 y ss.

escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.”

La primera hipótesis de la norma, es decir realizar acciones de significación ante un menor, complementa el sistema de protección de la indemnidad sexual de las personas menores de 14 años, en atención a la exigencia restrictiva de contacto corporal y exigencias propias del sistema de modalidades de abuso sexual. La diferenciación etaria, se explicaría únicamente bajo la creencia de que el menoscabo sobre el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual es mucho mayor respecto de una persona menor de 14 años que se encuentra en proceso de formación, al ser esa conducta apta para poner en peligro la indemnidad sexual. De hecho, se denomina también a esta figura como delito de corrupción de menores, pues de acuerdo a su entendimiento doctrinario original, más que significar los actos un potencial riesgo de concreción de abuso sexual o acceso carnal, atendía al hecho de que la carencia de madurez sexual como digna de protección, era susceptible de ser corrompida o malformada con la ejecución de un acto de significación sexual, cualquiera sea⁹¹.

La dañiosidad relativa al involucramiento de otra persona en una acción de significación sexual, como lo es por ejemplo la masturbación exhibida a mujeres en espacios públicos, tiene relación con las pautas culturales que determinan la concurrencia del compromiso de la sexualidad, porque afirmar la existencia de una expresión intolerable de la sexualidad de otro, implica dotar de contenido, de los cánones vigentes en la sociedad a aquello que es tolerable y que no lo es.

Respecto de las conductas que, si importan un contacto corporal, por ejemplo, las tocaciones y frotamientos en zonas erógenas del cuerpo, y que son considerables como conductas de acoso en espacios públicos, el problema para incorporar el acoso callejero dentro de las modalidades de abuso sexual del artículo 366 bis sucede en dos niveles. Por una parte, se encuentra el estándar probatorio

⁹¹GARRIDO M, M. (2010). Derecho Penal, Tomo III. Chile: Editorial Jurídica., p. 325.

de la falta de consentimiento, el cual es muy alto. El artículo 366 bis exige la concurrencia de las circunstancias del artículo 361 del Código Penal que corresponden al delito de violación, o del artículo 363 del Código Penal que corresponden al delito de estupro, dependiendo si la víctima es mayor de 14 años o bien mayor de 14 y menor de 18, respectivamente.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 366 ter del Código Penal, se exige que la acción sexual que conforma la conducta, cumpla –además de lo ya expuesto en relación a la edad de la víctima- con los requisitos de tratarse de un acto de significación sexual y de relevancia típicas. Para Ramírez, *"acto de significación sexual correspondería a un elemento normativo que se relaciona con el juicio de ilicitud de la conducta, ilicitud que está determinada, a la postre, por la presencia de un elemento subjetivo. La relevancia del acto estará determinada por su significación, determinada de la manera entredicha y el compromiso del bien jurídico protegido"*⁹².

De esta manera, dejando de lado los actos de significación sexual, que pueden ser diversos, el requisito de la concurrencia de relevancia es un criterio normativo que se refiere a la entidad del compromiso sexual, se trata por lo tanto de una exigencia de gravedad de la conducta en la representación sexual del victimario y la potencialidad lesiva de la sexualidad de la víctima⁹³. Entendido de esta manera, se excluiría la aplicación de la figura de abuso sexual las conductas paradigmáticas de acoso sexual, aun cuando se constituyan mediante un contacto corporal, que, si bien puede considerarse como no consentido, es sorpresivo y efímero, su afectación no alcanza sustancialmente el piso determinado por la estructura de los delitos sexuales, para comprometer la sexualidad de la víctima.

⁹² RODRIGUEZ COLLAO, Luis. (2000). Óp. Cit., p. 12.

⁹³ GARRIDO M, M. (2010). Óp. Cit., p. 316.

b. De los ultrajes públicos a las buenas costumbres: delito de ofensas al pudor

El delito de ofensas al pudor que establece el Código Penal merece análisis en este estudio a propósito de la posible creencia, por parte de la doctrina, de ser suficiente para afrontar el problema del acoso callejero, particularmente respecto a los actos de exhibicionismo, ya sea exhibición de genitales como los actos de masturbación. Sin embargo, a priori, la historia de la ley ya da cuenta de que su consagración responde a una concepción moralizante de los delitos sexuales – y de la expresión de la sexualidad en general- pero también de que, una interpretación reformista de dicho artículo tampoco logra dar en el clavo con los hechos que podemos estimar como constitutivos de acoso sexual callejero.

Bajo el título séptimo, de los “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y contra la integridad sexual”, y bajo el epígrafe del párrafo 8º que responde a los comportamientos denominados “ultrajes públicos a las buenas costumbres”, se encuentran los artículos 373 y 374, el delito de ofensas al pudor y el de difusión de pornografía, respectivamente.

Si bien podemos reconocer que la nomenclatura responde a la época de dictación del código y a los modelos comparados en los cuales esté se basó, también es cierto que esta sistematización no es casual pues su significado tiene consecuencias, no por nada la figura del delito de incesto en el siguiente capítulo, artículo 375 del Código Penal, también era considerada como un atentado contra las buenas costumbres. Se trata entonces de un conjunto de hechos que importan delitos de “inmoralidad sexual”, que no necesariamente tienen un individuo como víctima propiamente tal, o incluso implican un acto sexual “consentido”.

El artículo 373 del Código Penal señala expresamente que: *“Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”*

La opinión mayoritaria en la doctrina nacional establece que el bien jurídico protegido por dicha disposición es el “pudor público” entendiéndose por aquel los sentimientos predominantes en la colectividad en cuanto al ejercicio de la actividad sexual, porque *“la exhibición pública de tal actividad es considerada ofensiva por la generalidad de los ciudadanos...”*⁹⁴. De tal manera, si lo sancionado es el ejercicio de una actividad que tenga connotación sexual, cuyo ejercicio en público sea presenciado, el injusto se refiere únicamente al ejercicio público de la sexualidad. Una opinión minoritaria, sería la de Luis Rodríguez Collao, quien estima que se trataría de hechos que significan un atentado en contra de la indemnidad sexual de la persona,⁹⁵ sin embargo las figuras descritas no importan el involucramiento de otra persona en la actividad sexual en cuestión, ni la falta de consentimiento en aquello.

Aquello se desprende de las exigencias del tipo, las cuales son la connotación sexual del acto, que el hecho sea realizado en público, y la trascendencia de la connotación sexual, las cuales analizaremos a continuación en tanto elementos ilustrativos de la sustancial diferencia con los hechos o conductas que constituyen acoso sexual callejero.

1. El hecho sea realizado en público

El tipo se encuentra consagrado en el epígrafe N°8, de los ultrajes públicos, de lo cual se puede extraer que la acción –cualquiera que esta sea, en tanto ofensiva para el pudor y las buenas costumbres- sea realizado precisamente en o hacia el público, puesto que es el ejercicio público mismo de la actividad sexual aquello que se considera per se ofensivo. Distinto es, como se señalará, considerar como elemento esencial en el fenómeno del acoso callejero, que el hecho suceda en un lugar de carácter público, un espacio público o semipúblico, de aquellos que se caracterizan por ser accesibles públicamente.

⁹⁴ ETCHEBERRY, A. (1998). Op. Cit., p 86.

⁹⁵ RODRIGUEZ COLLAO, L. (2000)., p 240.

Esta exigencia del lugar público, se refiere a cosas distintas en uno y otro caso. En el acoso callejero el lugar público es una exigencia objetiva del tipo, y la figura de las ofensas en cambio, protege el "pudor público", por lo que no se trata necesariamente de un lugar en el que acontece la conducta, sino que a la vez el público es la víctima escandalizada. Esto es tan así, que de hecho encontramos el delito de ofensas al pudor en otra norma de incorporación relativamente reciente y que puede resultar ilustrativa del espíritu del delito en cuestión. La Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada el año 2001 lo contempla en su artículo 34 al sancionar: *"El que cometiere alguno de los delitos de ultraje público a las buenas costumbres contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal, **a través de un medio de comunicación social**, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de once a ochenta unidades tributarias mensuales"*.

Se establece expresamente una nueva modalidad del delito de ofensas al pudor –y también del delito de difusión de pornografía-, pues se incluye su realización a través de medios sociales de comunicación, en tanto formas de difusión masiva de información y en atención a su potencialidad de llegar a un gran número de personas. El delito de ofensas al pudor, se verificaría mediante una forma de difusión de la actividad sexual, y por lo tanto una nueva forma de quebrantar la expectativa de la sociedad, de no presenciar actos de significación sexual de los cuales no forma parte, es aquella coherente con la evolución de los medios de comunicación y la tecnología.

A continuación, en su inciso segundo, el artículo 34 de la Ley N°19.733 configura una agravante que establece lo que: *"Constituirá circunstancia agravante al ultraje público a las buenas costumbres, la incitación o promoción de la perversión de menores de edad o que el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes."*

Si la agravante es la comisión del ultraje público a las buenas costumbres a través de medios de comunicación respecto de menores de edad y alumnos de hasta enseñanza básica, se incorpora como posible agredido un público específico y por lo tanto una víctima calificada. Distinto sería entonces lo enunciado, de un delito que pretende reducir descriptivamente su comisión a un *lugar público*, del delito de ofensas que no está circunscrito a un lugar, sino que a lo que el epígrafe 8º hace alusión es precisamente al ofendido, a la víctima. Una persona entonces podría cometer el delito de ofensas al pudor mediante el relato de una masturbación a través de la radio o enviando una carta a un sin número de personas, a su domicilio privado.

Si bien en la figura en comento no es necesario que un grupo de personas presencie el acto de significación sexual⁹⁶, siendo suficiente que presencie el acto solo una persona, bastaría esa sola constatación para configurar el delito, porque precisamente es la mera exhibición pública de la sexualidad aquello que lo configura. El acoso callejero en tanto, se configura por la instrumentalización de la mujer y de su cosificación impersonal en lugares de libre concurrencia pública, reproche que no se encuentra en el delito de ofensas, en el cual lo relevante sigue siendo la víctima, que como público, que se escandaliza.

2. Connotación sexual del acto realizado en público

Si bien el tipo no utiliza literalmente esta locución se estima que se desprende de la expresión “pudor o buenas costumbres” y que tiene que ser entendida en los mismos términos que el Código le atribuye al delito de abuso sexual. Sin embargo, no es necesario que los hechos sean constitutivos de delito, ilícitos o inmorales en sí mismos⁹⁷. La pregunta sobre qué hechos específicamente constituyen una ofensa al pudor y las buenas costumbres, en lo que aquí interesa, no tiene reglas determinadas. Etcheverry plantea que “*El pudor público, el sentimiento colectivo en materia de actividad sexual no se manifiesta en la misma forma en todas partes ni*

⁹⁶ RODRIGUEZ, L. (2000)., p 241,

⁹⁷ ETCHEBERRY, A. (1998). Óp., Cit., p 87.

*en todas las circunstancias. El juzgador debe tratar de captar el sentimiento colectivo, y no de imponer su propio criterio o sus ideales como medida de delictuosidad del hecho*⁹⁸.

Si bien, Rodríguez Collao estima que es posible interpretar este tipo para lograr la punibilidad de los actos constitutivos de acoso, resulta poco probable que aquello suceda. El artículo 34 de la ley N° 19.733 antes mencionada contempla una agravante a la comisión del delito de ofensas al pudor a través del uso de medios de comunicación social, estableciendo que constituye una agravante a los delitos de ultraje público a las buenas costumbres: " (...) **la incitación o promoción de la perversión de menores de edad o que el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes**". El uso de la frase "incitación o promoción de la perversión" resulta también reveladora del espíritu del legislador y lo que este entiende al establecer el delito de ofensas. Dicha expresión, importa el concepto que constituye la figura original, y es que, en tanto delito de peligro, se hacen punibles ciertos actos que en concepto del legislador tienen la aptitud para lesionar las buenas costumbres, como también la indemnidad sexual de menores de edad, en relación a la presunción de inactividad sexual en que se sustenta la idea de indemnidad de acuerdo a la teoría dualista.

3. Grave escándalo o trascendencia de la connotación sexual del acto.

Esta es una gran exigencia para la punibilidad de los actos que constituyen acoso sexual callejero, pues aún en el caso de que no consideremos que la concurrencia necesaria de escándalo deba significar que un gran número de personas presencie el hecho⁹⁹, aquello si implica "*la conmoción despertada en los ánimos de los que lo conocen y que se exterioriza en un sentimiento de reprobación*

⁹⁸ Ibid. P.87

⁹⁹ Ibid. P, 88. "*para CARRARA el escándalo es un concepto complejo, integrado por la circunstancia de haber llegado el hecho torpe a conocimiento de un número elevado de persona (...). En cuanto a la "trascendencia", nos parece solo un matiz de la misma idea, probablemente menos impregnado de subjetividad que el escándalo, y referido primordialmente a la publicidad o conocimiento por un gran número de personas*"

*o en un apetito de imitación, que se llama mal ejemplo*¹⁰⁰. Asimismo, la exigencia de gravedad en el escándalo, alude a *"la necesaria importancia intrínseca que los hechos incriminados deben tener como aptos para ofender el pudor y las buenas costumbres"*¹⁰¹.

Resulta difícil concebir la extensión de la interpretación del tipo respecto de los casos que precisamente la sociedad ha trivializado desmedidamente, especialmente si desde el punto de vista de la estructura de delitos sexuales de nuestro ordenamiento jurídico – marco en el cual se encuentra el delito de ofensas –, es inevitable un ejercicio comparativo respecto de otros actos que puedan conllevar un compromiso de la sexualidad de otro.

c. De las amenazas de atentado contra las personas y propiedades. Artículos 296 a 298 del Código Penal

El delito de amenazas puede considerarse una prometedora forma de encausar la violencia que sufren a diario las mujeres en espacios públicos, tanto verbal como no verbal, particularmente en atención a tratarse de una figura que protege los distintos presupuestos facticos de la capacidad personal de acción de un lado, y la seguridad individual de otro. Sin embargo, la figura de las amenazas como también la concepción doctrinaria que se adscribe a su descripción en relación con el bien jurídico afectado, obstaculizan su aplicación para los casos paradigmáticos de acoso sexual callejero, entendidos como recordatorio de la potencial calidad de víctima de delitos sexuales.

El artículo 296 del Código Penal establece que:

"El que amenazare seriamente a otro con causar a el mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

1. *Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito.*
2. *Con presidio menor en su grado mínimo a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito.*
3. *Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá esta. (...)*”

Por su parte, el artículo 297 del Código Penal expresa que: *"las amenazas de un mal que no constituya delito, hechas en la forma expresada en los números 1 o 2 del artículo anterior, serán castigadas con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio"*.

Esta enunciación refiere una clasificación de las amenazas que, para los efectos de este estudio, permite descartar la utilidad de ciertas hipótesis por no identificarse con la caracterización que se ha efectuado respecto del acoso callejero. Por un lado se encuentra la hipótesis de la llamada amenaza condicional, que se entiende como supuesto de coerción mediante amenaza, y por otro la figura de amenaza simple. Ambos tipos de amenaza comparten un elemento común cual es el hecho de que ambas admiten ser definidas como el anuncio de un mal cuya irrogación se presenta como dependiente de la voluntad de quien formula dicho anuncio¹⁰², la diferencia radica en que una tiene una función coercitiva, y la otra no. Esta distinción otorga al elemento condicional la importancia de radicar en aquello el núcleo del injusto, pues conforma la conducta de constreñir, es decir impedir a hacer o compeler a ejecutar, y de esa manera, se estima existe un paralelismo¹⁰³ entre las hipótesis de coerción mediante amenaza y las coacciones, supuestos de

¹⁰² BASCUÑÁN R, A. (1994). Óp. Cit., p. 228.

¹⁰³ Ibid., p. 288.

coerción diferenciados a su vez por sus medios comisivos, intimidación y violencia o fuerza, respectivamente, distinción que se especificará más adelante.

De esta manera, la coerción mediante amenaza que establece nuestro Código Penal en sus artículos 296 N° 1 y 2, constituiría una figura completamente distinta de aquella que se refiere a las amenazas simples, establecidas en el artículo 296 N°3 del Código Penal. No sería convincente argumentar la existencia de una hipótesis de condición relativa a los casos de acoso callejero, pues de hecho la interacción que tiene lugar en este tipo de manifestación no se caracteriza por la búsqueda de que la persona acosada ejecute u omita ejecutar una acción. Los comportamientos de acoso callejero no encuentran vinculación con algún elemento que permita vincular su ejecución con la pretensión consciente de incidir en la voluntad de la persona acosada, pues se trata más bien de una interacción unilateral.

Por otro lado, el artículo 297 del Código Penal restringe la amenaza de males que no constituyen delito solo a las llamadas amenazas condicionales, por lo que la amenaza de cualquier otro tipo de agresión queda excluida. Sin embargo, si resulta relevante analizar el fenómeno bajo la mira de las amenazas simples, pudiendo preguntarnos ¿Qué valoración cabe otorgar a la expresión de una agresión inminente o futura, cuando el carácter de esa agresión corresponde a un delito sexual?

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de amenazas simples es una cuestión debatida, y la tipificación de su figura genera controversia a pesar de encontrarse en diferentes ordenamientos en derecho comparado.¹⁰⁴ Sin embargo la gran parte de la doctrina -no por ello sin disparidad en dichas argumentaciones-, considera la figura como protectora de la seguridad individual, y de aquello se desprende una serie de consecuencias dogmáticas.

Como primera cuestión, las amenazas simples como también las amenazas como supuesto de coerción, deben cumplir con los requisitos de seriedad y

¹⁰⁴ Ibid. “desde un punto de vista dogmático, la relación que existe entre las amenazas condicionales y las amenazas simples españolas es idéntica a la que existe entre el delito de coerción (mediante amenaza) y el delito de amenaza (simple) en el derecho penal alemán o italiano”, p. 285.

verosimilitud que impone el artículo 296 del Código Penal. Respecto de las llamadas amenazas condicionales, dichos requisitos se entienden cumplidos de acuerdo a la funcionalidad coercitiva de la amenaza. Al no ser aquello posible respecto de las amenazas simples, Bascuñán afirma que cabe exigir que el amenazador haya tenido el efectivo propósito de cometer el delito anunciado, y que el cumplimiento de la amenaza haya sido fácticamente posible¹⁰⁵. Por oposición a lo que sucede con las amenazas como supuesto de coerción, pues de acuerdo a dicho autor, lo único relevante sería la credibilidad desde la perspectiva de la persona coaccionada. Sin embargo, es posible cuestionar una afirmación dirigida a señalar que no es posible entender el cumplimiento de estos requisitos sin ser la amenaza característicamente conminatoria.

Bajo esta conceptualización Bascuñán entiende que la seriedad de la amenaza radica en la intención positiva de irrogar el mal amenazado, y la verosimilitud en la posibilidad fáctica de irrogar el mal amenazado¹⁰⁶. Otro sector de la doctrina, entiende sin embargo que el requisito de seriedad exige que aquella debe ser proferida o expresada seriamente, sin asomo de burla o broma, dando a entender la decisión de quien la realiza de llevarla a cabo, por lo que la amenaza que se profiere como broma o en un momento de exaltación no será delito¹⁰⁷. El requisito de verosimilitud por su parte, si bien debe analizarse ex ante, no obsta a significar un enfoque de la credibilidad de la amenaza desde el punto de vista de la víctima, y se estima que debe tratarse de un mal que, por la forma y circunstancias en que se le señala a la víctima, sea para ella creíble su realización futura atendida la situación concreta en que se encuentra.¹⁰⁸

La interpretación de dichos requisitos que distingue entre las amenazas simples y las amenazas como supuesto de coerción, más que atender a la naturaleza del injusto para entender su cumplimiento, transforma la exigencia del legislador en

¹⁰⁵ Ibid., p. 286.

¹⁰⁶ Ibid., p. 286

¹⁰⁷ POLITOFF, S. MATUS, J & RAMÍREZ, M. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte especial. Chile: Editorial Jurídica de Chile. p, 197.

¹⁰⁸ BASCUÑÁN R, A (1994). Óp. Cit., p. 286

dos requisitos distintos. La exigencia de la seriedad pasa a ser en realidad una exigencia del tipo subjetivo del delito equivalente al exigido para el hecho consumado, lo cual es coherente con la idea del delito de amenazas como acto preparatorio de delitos, cualquiera que este sea. Siendo por una parte rechazada dicha concepción del delito de amenazas, aquello carece también de sentido si la efectiva comisión del mal que se anuncia, delito en este caso, conlleva la absorción de la conducta por la figura típica que corresponda.

Guzmán Dálbora rechaza esta argumentación al afirmar que *"no se amenaza con dolo homicida, sino que con dolo de amenazar"*¹⁰⁹. De esta manera, exigir un propósito real de consumir un delito, sino más bien se trata de un requisito de idoneidad. Dicha argumentación es mucho más coherente con la idea de que detrás de la figura de amenazas simple subyace una protección a la seguridad individual.

Respecto de la verosimilitud, existe un criterio de credibilidad objetivo, y que fácticamente signifique una situación de riesgo para la víctima. Sin embargo, ocurriendo dicho presupuesto fáctico, es posible que los requisitos de seriedad y verosimilitud no se entiendan cumplidos, especialmente bajo el estándar de "hombre razonable" que permea a ambos.

Teniendo en cuenta que las amenazas, en este sentido, pueden configurarse ya sea mediante la verbalización o expresión de un mal o bien mediante actos, pueden comprender las conductas no verbales que constituyen el fenómeno de acoso sexual callejero. En el caso de la amenaza de irrogar un mal constitutivo de delito, el acoso en sí mismo tiene que cumplir características expresivas o conductuales que permitan entenderla como una amenaza de abuso sexual o violación. Para estos efectos, una persona debe decirle o darle a entender a otra con actos, de manera seria y veraz, que va a violarla, o bien abusar sexualmente de ella, o expresar que va a realizar los actos constitutivos de dichos delitos, de acuerdo a

¹⁰⁹ Maldonado Fuentes, Francisco. (2018). Amenazas y coacciones en el Derecho penal chileno. *Política criminal*, 13(25), 1-41., p. 9

las tipificaciones del Código Penal, con las limitaciones que propiamente tiene cada una de estas figuras en nuestro ordenamiento jurídico, analizadas previamente.

Un ejemplo común, sería aquel en que, en un medio de transporte público, en hora punta, el pasajero A mira lascivamente a B, B se da cuenta, sin importar lo cual A se dirige a B y le dice al oído "te voy a violar", junto con lo cual carcajea. Si consideramos que hay una multitud de personas, que no hubo contacto corporal, y que la expresión se encuentra acompañada de un tono bromista ¿Constituye una amenaza seria? ¿Es verosímil para la víctima? Aquella respuesta es negativa de acuerdo a la figura de la amenaza simple pues en la medida que se considere que no se lesiona o pone en peligro la libertad personal, y se relacione al delito de amenaza simple con la lesión del bien jurídico cuya lesión se amenaza o bien únicamente con la seguridad individual, cabría exigir que el amenazador haya tenido el efectivo propósito de cometer el delito anunciado y que el cumplimiento de la amenaza haya sido fácticamente posible¹¹⁰.

Es posible argumentar que los casos de acoso callejero logran cumplir los requisitos de seriedad y verosimilitud a partir del momento en que las expresiones proferidas se han expresado en condiciones que quien las recibe, puede interpretar como tales, y aquello no es meramente subjetivo pues debe ser idóneo, pero que sin embargo, no se trata de requisitos que orientan a un resultado en tanto afectación de la libertad de ejecución, sino que se trata de una interferencia concreta en el proceso de deliberación o decisión volitiva, tanto así, que es posible aseverar que una persona se verá racionalmente compelida a tomar resguardos, tales como cambiar su ruta en otra oportunidad, procurar cambiar el horario de tránsito, o incluso su vestimenta, todo bajo la amenaza de un mal futuro, de que transitar nuevamente por dicho lugar arriesgue la victimización sexual de la mujer.

¹¹⁰ BASCUÑAN R, A. (1994). Óp. Cit., p. 286

d. Delito falta de coerción Artículo 494 N°16 Código Penal

Bajo el supuesto de que el acoso callejero conlleva la restricción en el ejercicio de determinados derechos para las mujeres, lo cual se verifica gracias aquello que denominamos como violencia, es posible que el delito falta de coacción sea considerado para efectos de buscar una figura típica que sea subsumible descriptivamente. Sin embargo, es posible descartar dicha posibilidad por varias razones, tanto dogmáticas como descriptivas, no obstante lo cual el análisis efectuado respecto de la libertad de autodeterminación y las amenazas agradezca la justificación de aquello que es parte de dicha línea argumentativa.

El artículo citado expresa que *"sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias (...) 16°. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera"*

De acuerdo a Binding, la libertad personal o la libertad de voluntad se encuentra compuesta de tres elementos, la libertad de formación de voluntad, la libertad de decisión de voluntad conforme a motivos propios y la libertad de la actuación de voluntad en el caso concreto.¹¹¹A partir de estos elementos, es posible demarcar las afectaciones a través del modo comisivo de coerción, y los presupuestos facticos de la capacidad personal de acción. De esta manera, se entiende que el modo de comisión de los ataques a la formación y ejecución de la voluntad se corresponde con la naturaleza coercitiva propia de la violencia o vis absoluta, mientras que el modo de comisión del ataque a la libertad de decisión de la voluntad, introduciendo en el agente un motivo preponderante, se identifica con la naturaleza de la amenaza como supuesto de coerción o vis compulsiva.

Esta estructura implica que se excluye dogmáticamente la procedencia de considerar las conductas constitutivas de acoso callejero como punibles a título del delito falta de coerción, pues la estructura del injusto de coacción violenta del

¹¹¹ Ibid., p. 282.

artículo 494 Nº16 es explícitamente coercitiva, dado que la conducta típica es descrita como "impedir hacer" o "compeler a ejecutar"¹¹², y en cambio el acoso callejero no conlleva la pretensión de incidir en la formación o ejecución de voluntad de la persona acosada.

A pesar de la pretensión doctrinaria de asimilar el tratamiento de todas las formas comisivas de la coerción¹¹³, la regulación que hace el código penal de los delitos de coerción, sistematiza diferenciando las formas comisivas según si se trata de medios violentos o no violentos. De acuerdo a esto, la amenaza propiamente tal excluye el carácter violento de la acción, y el delito falta de coerción solo es punible cuando se cumple con la exigencia de ser violenta, y en este sentido se entiende que el medio comisivo de la coerción, se refiere a los casos de fuerza física inminente.

Huelga mencionar que no solo ha existido disparidad en torno a las distintas tesis interpretativas del concepto de violencia que se encuentra a propósito del delito de coacción mediante violencia, sino también que la historia de la interpretación de la violencia coercitiva es la historia de su espiritualización o des-materialización¹¹⁴. De hecho, Mañalich cita a Jakobs para ilustrar este fenómeno, quien incluso en un afán de limitar la configuración del concepto de violencia a un carácter accesorio, señala que *"los modos de comportamiento que constituyen violencia son aquellos por los cuales la persona de la víctima resulta disminuida, en tanto esta no pueda entonces organizar total o parcialmente sus asuntos."*¹¹⁵ Dicha idea, si logra identificar aquello que sucede con el acoso callejero, sin embargo se estima que la violencia en este delito falta, tiene la funcionalidad de medio comisivo, o accesorio si se quiere, siendo específica la formulación coercitiva de la figura.

De las manifestaciones de acoso callejero no es posible extraer la concurrencia de vis absoluta, y de hecho la dificultad de su concepción como delito

¹¹² MAÑALICH RAFFO, J. (2009). Óp. Cit., 73.

¹¹³ MALDONADO, Francisco. (2018). Óp. Cit., p. 31

¹¹⁴ MAÑALICH RAFFO, J. (2009). Óp. Cit. p. 73 y ss.

¹¹⁵ Ibid., p. 75.

radica precisamente en que por general hay ausencia de contacto corporal, o contacto corporal de mínima intensidad, mucho menos lesiones bajo el entendido del código penal, por lo que se excluiría de la aplicación de estos casos, salvo que con posterioridad de cometa un delito de manera que este absorba la conducta.

V. Consideración de una figura de acoso callejero en el código penal.

Si bien el estudio de las conductas aquí estudiadas, en tanto violencia de género, corresponde ser analizado desde su conceptualización como tal, los cuestionamientos y controversias respecto de la creación de un tipo género-específico, cuyo sujeto pasivo sea determinado, hacen que sea necesario dedicar la identificación de las mismas en este apartado, para, una vez despejadas, continuar con la fundamentación de una figura con esta particularidad, y posteriormente, culminar el análisis refiriéndose a tanto a las propuestas como a la ley que tipifica el fenómeno.

a. Críticas en torno a la consideración de un sujeto pasivo determinado.

Resulta atingente abordar algunas de las controversias respecto de la posible tipificación del delito de acoso callejero. Las primeras tres son temáticas que igualmente se hicieron presente al momento de debatir la tipificación del femicidio, con ciertos matices respecto de la figura aquí estudiada. La cuarta se refiere a la libertad de expresión, derecho fundamental que se ha señalado, restringiría una tipificación como la propuesta. Con ello, despejamos la discusión y analizamos directamente cual es la fundamentación de un tipo penal que protege particularmente a la mujer de las conductas que se han esbozado como acoso callejero.

1. La mujer como bien jurídico en sí mismo.

Existe la creencia de que la protección del sexo "débil" se contradeciría con el fin de conseguir que todos tengan acceso al pleno goce de sus derechos

fundamentales,¹¹⁶ esta afirmación parece asumir que un sujeto determinado, cualquiera que este sea, constituiría una forma de discriminación. Sin embargo, el acoso callejero, en tanta manifestación de la discriminación estructural que pesa sobre las mujeres, no encuentra la justificación de su injusto en el hecho de efectuarse contra una mujer, por dotarse a la calidad de mujer de una cualidad superior. Si bien la mujer sería en este supuesto el objeto de la acción, al ser la persona sobre el cual recae la conducta, no debe confundirse el objeto material con el objeto jurídico del delito¹¹⁷, el cual como se analizó en el capítulo II, sí tiene un significado de valor.

La sustancia en ningún caso se traduce en una valoración de las mujeres por sobre los hombres, sino en la valoración del objeto jurídico que subyace a una medida de protección o acción afirmativa. Esto deviene de la decisión de analizar la estrategia político-criminal que corresponde hacer, que debe venir precedida por el análisis jurídico penal desde el punto del bien jurídico afectado, que, gracias a una perspectiva de género, permite concluir que es la manera más eficiente de abordar los daños que recientemente la sociedad ha reconocido.

2. Victimización de la mujer

Persiste la visión crítica respecto de que la mujer sea consagrada como sujeto pasivo, bajo la concepción de que el Código Penal estaría reconociendo al género y sexo femenino como sujeto con menos capacidad de auto valerse, y con ello determinando a las mujeres a ser propiamente víctimas. Lo que además sería contraproducente con la pretendida desestructuración feminista, en pos de liberar a las mujeres de una falsa concepción acerca de su naturaleza. Se postula en este sentido que se generan instancias que bien podrían reproducir y de hecho institucionalizar los estereotipos acerca de la femineidad y masculinidad que se

¹¹⁶ RIED, N. (2012). Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio. Revista de Estudios de la Justicia, Nº16, 171-193.p, 173.

¹¹⁷ POLITOFF, S. MATUS, J & RAMÍREZ, M. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte general. . Chile: Editorial Jurídica de Chile. p, 192.

pretende cuestionar, conllevando la inserción de aquellos en el marco legal y doctrinal¹¹⁸.

Hay una contradicción aparente entre aquello que postula el feminismo, por ejemplo, desde el reconocimiento crítico de que "mujer no se nace, se hace" y, la consecuente búsqueda de deconstrucción de los estereotipos con que se identifica a las mujeres, con, la persecución de un tipo de protección a favor únicamente de quienes el ordenamiento jurídico reconoce como tales, por estarse contribuyendo – supuestamente – a la construcción estereotípica del significado de mujer.

Para responder aquello, es útil cuestionar el binomio estereotipado que culmina en la clasificación de la mujer como el sexo débil, como imposición de género. Un paso previo sería el de identificar que es aquello que configura lo que denominamos género:

*"El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género."*¹¹⁹

A contrario sensu, es la ley es aquella que está llamada a solucionar conflictos y tensiones entre los derechos fundamentales y las construcciones sociales que enmarcan, en un sentido amplio, a la mujer como el sexo débil y por lo tanto como víctima. Pues dicha victimización, identificación y adjudicación a la mujer con valores subalternos, responde a la violencia de género en su contra, que se identifica con el afán de dar continuidad al orden de cosas, a prácticas que expresan y reafirman la desigualdad social, y a un conjunto de situaciones que la victimiza en el espacio público, con contexto de poder dominado por hombres.

¹¹⁸ LACEY, N. (1998). *Unspeakable Subjects Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Estados Unidos: Hart Publishing. p 203-204

¹¹⁹ MAQUEDA A, M. (2006). *Óp. Cit.*, p.5.

Para todos los efectos, es necesario delimitar las razones de esta "victimización", tan falsamente atribuida a las acciones positivas que protegen a las mujeres, mediante el reconocimiento de la discriminación estructural existente. ¿Cómo se explica el problema que viven las mujeres desde hace años en los espacios públicos, si no existe una ley que las "convierta" en víctimas? Es el huevo o la gallina, en este caso no pueden ser ambas. La victimización de las mujeres sucede precisamente al marginar del derecho –como se ha hecho hasta ahora-, cualquier perspectiva de género que permita considerar las formas particulares de violencia que les afectan a diario.

3. Exclusión de minorías sexuales

A propósito de este posible efecto, se pueden hacer dos distinciones. En primer lugar, se puede referir la reprobación de la falta de inclusión en una perspectiva de género de otros factores y categorías sospechosas de discriminación, excluyendo otras minorías, como la orientación sexual o pertenencia a la comunidad LGTBI, que también pueden sufrir este tipo de acoso. Como segunda cuestión, se cree que la sola inclusión de la mujer como sujeto pasivo, puede generar la esencialización de aquello que definimos por mujer¹²⁰, contrario a lo que se pretende.

Puesto que el género es una categoría social interrelacionada, es innegable que el acoso callejero probablemente involucre una intersección entre el género, raza y/u orientación sexual, casos en los cuales el acoso y la afectación tendrán particularidades, a su vez, propias. Por ejemplo, pesa sobre las mujeres afroamericanas, además de su condición de mujer, la caracterización por la historia de esclavitud que encarnan de tratarse de mujeres sexualmente promiscuas, estereotipadas como "sexualmente accesibles"¹²¹ y son por ello víctimas de una *hipersexualización* de su persona. Por otro lado, mujeres lesbianas son objeto de una forma especial de este tipo de acoso, de una manera doblemente dañosa, ya

¹²⁰ Vease LACEY, N. (1998)., Op. Cit., p 197;

¹²¹ OLNEY, Meave. (2015). Op. Cit., p.132

sea como cosificación de su persona en razón de su sexo, o bien como castigo, en atención a la transgresión a los roles tradicionales que implica una orientación sexual no heterosexual.¹²²

Pues bien, es útil tener presentes estas diferencias para efectos interpretativos, pero la complejidad del fenómeno hace que descriptivamente resulte de mayor utilidad atender al núcleo del injusto que el acoso callejero importa respecto de las mujeres, como grupo, como común denominador, en tanto, además, como grupo no minoritario, pues lo contrario termina por distorsionar las experiencias de opresión¹²³, relegando a segundo plano la situación problematizada en común.

A mayor abundamiento, es necesario distinguir del acoso callejero, que importa esencialmente modalidades de objetualización ilegítima, de otros comportamientos también lesivos, pero que cuyo núcleo afecta principalmente a otros colectivos discriminados, como por ejemplo agresiones contra integrantes de la comunidad LGTBI, cuya motivación evidencia efectivamente violencia de género, sin embargo el desvalor de la acción responde a otro fenómeno, por lo que aquellos actos serían mejor canalizados dentro las formas de configuración del crimen de odio o *hate crimes*, o agravante de odio.

Como segunda cuestión, se ha señalado –no sin algo de razón– que la exclusión de personas transgénero, transexuales o intersex, del reconocimiento de su identidad de mujeres puede implicar el riesgo de esencializar la noción de mujer sobre su base biológica, o incluso psicológica¹²⁴. La autora Patsalí Toledo¹²⁵ trata el tema respecto del feminicidio y hace la distinción –aplicable también en este trabajo– entre violencia de género y violencia de género en contra de la mujer, que es un aspecto de la misma, reprochando a su vez el hecho de que la misma legislación

¹²²BOWMAN, C. (1993). Op., Cit., p. 531.

¹²³SMART, Carol (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En Birgin, H. (comp). El derecho en el Género y el Género en el Derecho. Buenos Aires: Biblos., p. 31-71.

¹²⁴Vase WONG, Jane. (1999). The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist legal Theory: The debate and Beyond. Wm. & Mary J. Women & L, 5, 273-296.

¹²⁵TOLEDO V, P. (2009). Op., Cit.

utiliza el término violencia de género en términos restrictivos, siendo necesario delimitar cuales son las razones de la discriminación en cuestión. Pero es necesario referirse al tema, puesto que las teorías feministas contemporáneas, y en particular la medida propuesta en este artículo, persiguen mejorar el estatus social de las mujeres a partir de la reforma legal.

Se advierte el hecho de que *"es enteramente factible que a X se imponga el estatus funcional asociado al predicado "mujer", sin que la estructura física (o biológica) de X en modo alguno favorezca el desempeño, por parte de X, del conjunto así identificado"*¹²⁶. Esto puede significar un problema en lo que aquí respecta, por ejemplo, en el caso de las mujeres transgénero, que también experimentan el acoso callejero y, a veces, de una manera doblemente dañosa pues además de lo que se ha señalado respecto del acoso en contra de las mujeres, se puede entrever una suerte de castigo por el desentendimiento o desprendimiento de la identidad masculina.

Independiente de la calificación esencialista o no, pareciera ser que lo relevante es el ejercicio comparativo respecto de un tipo penal neutro, y la cuestión sobre si es posible mejorar el estatus de las mujeres evitando esta situación, a la par de una propuesta alternativa para solucionar los problemas que de aquello provengan.¹²⁷ Podemos afirmar –como se verá–, que para la igualdad de derechos de las mujeres, se considera más fructífero desmitificar las diferencias artificiales y renegociar todas las diferencias antes que aceptar una identidad inexistente, que haga ilusoria cualquier pretensión sustancial de igualdad.¹²⁸ En este sentido, el acoso callejero tiene lugar a partir de una concepción de género respecto de la mujer que se concretiza de manera binaria, en que es posible identificar que los agresores son hombres, y el blanco de la agresión son las mujeres, solo por el hecho de serlo.

¹²⁶ MAÑALICH RAFFO, J. (2010). Ontología sexual y derecho penal. En reversa: primeras jornadas estudiantiles de teoría de género, Universidad de Chile (75-96).

¹²⁷ WONG, Jane. Op. Cit., p.

¹²⁸ BARATTA, A. (2000)., p. 44

Es una controversia difícil de sortear, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico en razón de las restricciones que establece la ley de identidad de género, recién promulgada, sin perjuicio de que esa es una dirección probable que aporte en la inclusión.

4. Libertad de expresión.

Se ha pretendido la impunidad del acoso callejero verbal en base a la limitación –supuestamente inconstitucional- del derecho a la libertad de expresión, pudiendo también entenderse incluidas en dicha reacción ciertas expresiones no verbales. Hay dos cuestiones relevantes en esta materia. La primera, se refiere al significado de este derecho, y la segunda tiene que ver con una perspectiva de género en la forma de entenderlo.

La determinación de que es lo protegido por la libertad de expresión es un tema precedido por una lata discusión en la doctrina y jurisprudencia anglosajona, y particularmente en países que penalizan por ejemplo la incitación al odio o a la violencia. En lo que refiere a nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en la Constitución, que establece en su artículo 19 N°12 que la Constitución Política de la Republica asegura a todas las personas: *"la libertad de emitir opinión y la de informar; sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado"*.

El estatus legal que goza el derecho a la libre expresión u opinión en nuestra constitución, en tanto manifestación de democracia y estado de derecho, es de los más altos, razón por lo cual es controvertida su regulación. Puede bien cuestionarse si los actos de acoso callejero, especialmente los verbales, se consideran dentro de la esfera de aquello que protege el derecho a la libertad de expresión, o si en cambio constituirían aquellos una limitación de dicho derecho, caso en el cual la ley que los tipifique, debería necesariamente ser de quorum calificado. Por su parte, en el código penal la libertad de expresión se conceptualiza junto con el derecho al honor,

respecto de los delitos de injurias y calumnias¹²⁹, puesto que el ejercicio de la libertad de emitir opiniones, como también y particularmente la labor informativa propia del periodismo, son lugares propicios para que se atente también contra dicho bien jurídico, y una ponderación de derechos cede, en ese caso, en favor del honor e intimidad.

Ahora, la palabra opinión¹³⁰ es bastante amplia si la comparamos con aquello que se entiende, por ejemplo, como *free speech* o libre discurso, pues el concepto de discurso ha permitido construir plausiblemente un requisito de empatía, por decirlo de alguna manera, existiendo aquello que se denomina discurso público ofensivo, el cual quedaría fuera del ámbito de protección del derecho¹³¹, es decir, aquello nos permitiría afirmar por ejemplo, que pregonar dichos homofóbicos no se encuentra amparado por la libertad de expresión, y su prohibición no constituye de esa manera una limitación de este derecho. La palabra *opinión* en cambio, cuyo significado según la RAE es el juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo, o bien la fama o concepto que se tiene de alguien o algo, denota de esta manera un carácter subjetivo e individualista en su concepción, relacionado más bien con la expresión del pensamiento.

Se entiende que el derecho a la libertad de expresión tiene un carácter formal, que lo diferencia de otros derechos fundamentales cuyo ejercicio radica en la sustantividad de los mismos. Respecto de la libertad de expresión en cambio, contenido y oportunidad se separan, pues lo que se expresa no tiene importancia.¹³² En este sentido, puede resultar algo delicado sostener en nuestro ordenamiento jurídico que, aquellos actos que –como hemos venido sosteniendo– implican una postura específica y muy concreta relativa al rol de la mujer en nuestra sociedad, no

¹²⁹ El artículo 412 del Código Penal establece que “Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”, el artículo 416 dispone que “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”.

¹³⁰ Que constituye el concepto para este análisis relevante, descartando de plano la relación de la libertad de informar con los actos constitutivos de acoso callejero.

¹³¹ Vease NIELSEN L. (2006). Op. Cit.

¹³² Vega Zamora, Hugo. (2012). EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿UNA LIMITANTE AL PODER ESTATAL? (A PROPÓSITO DEL DIÁLOGO INTERSUBJETIVO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA). Revista de derecho (Coquimbo), 19(2), 355-369., p. 359.

se encuentre abarcado por lo que se puede entender como una opinión. Sin embargo, garantizada la oportunidad de emitir una opinión, no se obsta a la limitación de dicho derecho ante el hecho de que ciertas expresiones colisionen con otros derechos fundamentales, individuales o colectivos.

Cualquier libertad, supone la limitación de otras libertades, pues bajo la idea misma de libertad no se presupone su intangibilidad, sino más bien su afectación, y mayor libertad en un ámbito, necesariamente implica menor libertad en otro. Si en el caso del fenómeno del acoso sexual callejero es posible concebir que existe un menoscabo en el aprovechamiento de la libertad de autodeterminación que perjudica de las mujeres, en razón de la importancia de la autonomía pública de todos los ciudadanos, deberíamos concluir que es legítima una limitación de la libertad de expresión argüida. La propuesta de considerar la posible tipificación de las manifestaciones de acoso callejero, implica una limitación de la libertad de expresión, y en este sentido, es menester ponderar. Martha Nussbaum afirma que *"...ninguna sociedad que persiga la igualdad o un mínimo social suficiente puede evitar una limitación a la libertad en muchos sentidos, lo cual equivale a afirmar que estas libertades no son buenas, no hacen parte del grupo básico de titulaciones exigido por la noción de justicia social, y de hecho vulneran tales titulaciones básicas"*¹³³

Robert Alexy postula finalmente lo mismo de un modo genérico, pues afirma que valores y principios tienden a colisionar, colisión que solo puede resolverse a través de la ponderación¹³⁴. Este principio que se encuentra inserto en la del principio de proporcionalidad, el cual es conformado por los que se pueden llamar como subprincipios, a saber, los principios de adecuación, necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto.¹³⁵ Así, el primero, también llamado principio de idoneidad, expresa la idea de que el método utilizado dé lugar a una ventaja, sin

¹³³ NUSSBAUM, Martha. (2005). Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho., p. 39.

¹³⁴ ALEXY, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, 3-14., p. 6.

¹³⁵ Ibid., p. 8

originar otra desventaja. El principio de necesidad requiere que la forma de promover una situación, interviniere de la menor forma en otra situación dada. Por último, en el supuesto de que no sea posible concebir que la intervención sobre la libertad de expresión en el sentido expuesto no sea un costo, o bien en caso contrario se estime que el valor absoluto de la libertad de expresión puede verse menoscabado de aumentar las intervenciones a dicho bien jurídico, tiene lugar la ponderación, como objeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, y que consiste en la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.

La ley de ponderación, en este entendido, expresa que como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización de otro¹³⁶. Se plantean pasos que componen la ley de la ponderación en orden a crear un sistema objetivo de ponderación, dentro de los que se encuentra en primer lugar el reconocimiento del menoscabo de un principio como primer paso de acuerdo a grados de intensidad, la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario, y la determinación de si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio constatado en primer lugar.

De acuerdo al esquema elaborado por este autor, la colisión que se presenta entre los derechos afectados de las mujeres, en tanto objeto del acoso callejero, se trata por una parte de *derechos fundamentales de protección*, pues exigen un actuar positivo, no se encuentra fácticamente garantizado y se expresa como no satisfecho. Aquello colisiona por otro lado con el derecho de libre expresión de quienes acosan, el cual refiere un *derecho de defensa* respecto de la medida que se propone, y que representaría respecto de ella una intervención, la cual debe ser medida de acuerdo a su intensidad, asumiendo que los principios tienen el mismo peso.

Un análisis con perspectiva de género en esta estructura, debería permitir reconocer la existencia de un menoscabo en la libertad de las mujeres, y priorizar el perjuicio en la disminución de los valores en aquello involucrados, por sobre el

¹³⁶ Ibid. p. 9.

perjuicio que pueda significar la intervención de la libertad de expresión. Esto, pues la situación referida no es otra cosa que la afirmación de la existencia de una desigualdad fáctica, lo que se ve reforzado si reconocemos que la causa de la afectación de los derechos fundamentales de protección, es justamente el referido derecho de defensa conformado por la libertad de expresión que en la práctica los hombres detentan, relación de correlación que no necesariamente se da en todas las colisiones de valores o principios, ante una propuesta de intervención o acción afirmativa. Mackinnon por ejemplo, afirma que el derecho a hablar y expresarse involucraría también relaciones de poder entre particulares¹³⁷, y aquello no puede obviarse en lo que se refiere a las diferentes manifestaciones de la jerarquías de género en nuestra sociedad, siendo el acoso callejero una de ellas, en la medida que coarta la participación en la vida pública de las mujeres.

b. Fundamentación de la consideración de un tipo con sujeto pasivo determinado.

La jerarquía de género construida en desmedro de las mujeres trae consigo el hecho de que tanto las formas de comisión como también que los daños que el acoso callejero ocasiona, sean propios a las mujeres, razón de que se le denomine también como un tipo de lesión género-específica¹³⁸ Como se verá, el ejercicio más relevante respecto de cualquier práctica discriminatoria, es el análisis y reconocimiento de la diferencia y sus implicancias, en su dimensión fáctica como normativa.

En este sentido, Siegel argumenta, en base a los entendimientos de MacKinnon, que el acoso sexual (laboral) se trata de una conducta que expresa y refuerza sexualmente la desigualdad en la estructura social, tratándose de una forma de discriminación basada en el sexo, ya sea dentro del significado social de sexo en

¹³⁷ MACKINNON, C. (1984). Not a Moral Issue. Yale Law & Policy Review, Vol. 2, 321-345.

¹³⁸ OLNEY, M. (2015). Op. Cit., p 131.

términos de desigualdad social, porque el sexo se encuentra íntimamente ligado a los roles que la sociedad atribuye a los mismos (*inequality approach*)¹³⁹, o bien en atención el criterio mismo de discriminación (*differences approach*), que plantea la siguiente pregunta: "¿cómo se puede decir que esto sucedió porque se es una mujer, en lugar de una persona que justo sucedió ser una mujer?"¹⁴⁰

Como se ha señalado, si bien hay otros sujetos que pueden sufrir episodios de acoso callejero, la estructura de poder que persiste en la sociedad trae consigo el hecho de que las formas de comisión y especialmente los daños que el acoso callejero ocasiona sean propios a las mujeres. Por otra parte, las conductas no tienen como finalidad generar un intercambio bilateral, e incluso las probabilidades de que una mujer acompañada por un hombre sea victimizada, son remotas. Así las cosas, la respuesta a la pregunta de Mackinnon me parece que no es otra, que el hecho de que las mujeres son acosadas sexualmente en espacios públicos, solo por el hecho de ser mujeres. De hecho, Bowman afirma que el objetivo del acoso callejero, como lo hemos conceptualizado, es literalmente toda mujer que se encuentra entre la edad en que su cuerpo comienza a desarrollarse sexualmente, y ese punto indefinido cuando ya no es percibida como un ser humano sexual por que es "muy vieja".¹⁴¹

Hecha esta apreciación base, corresponde preguntarnos acerca de la fundamentación y eficiencia jurídica de un tipo género-específico para este caso, como también la pregunta inversa, la consideración de uno neutro. El ejercicio comparativo que hace Luigi Ferrajoli de los diferentes modelos de configuración jurídica de las diferencias¹⁴² sirve a este estudio para sustentar la consideración las mujeres como sujeto de protección en el caso del acoso callejero. El modelo de acuerdo se incorpora una consideración neutra del fenómeno se corresponde con la "homologación jurídica de las diferencias", el que concluye que: "...*las diferencias,*

¹³⁹ SIEGEL, Reva B. (2003). Introduction. A short History of Sexual Harassment. En Directions in sexual harassment law (1-39). New Haven, London: Yale University Press., p. 10.

¹⁴⁰ Id. "How can you tell that this happened because one is a woman, rather than to a person who just happens to be a woman" (Traducción de ésta autora), p. 10.

¹⁴¹ BOWMAN, Cynthia (1993). Op., Cit. p. 531.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. (2005). Igualdad y diferencia. En Igualdad y diferencia de género (7-33). México: Conapred, Col. Miradas.

*empezando por la de sexo, son también valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en estatus privilegiados o discriminatorios resultan desplazadas, o peor aún, reprimidas y violadas...*¹⁴³.

Es innegable que existe la aspiración a que el modo descriptivo de la igualdad formal sea suficiente para que, sustancialmente todas las personas sin importar su sexo o género, se encuentren en igualdad de condiciones. Sin embargo, cuando fácticamente ese no es el estatus quo, dicha aspiración deviene en un falso progresismo. Ferrajoli afirma que aquello resulta en un fenómeno de "anulación", toda vez que cuando la norma igualitaria se infringe, cuestión que afirma, sucederá eventualmente, las diferencias pesan como factores de desigualdad.

Para evitar lo anterior, importa el significado deontológico que se le otorga a los conceptos de igualdad y diferencia, como también la distinción entre las funciones de los distintos cuerpos normativos. La igualdad, consagrada en nuestro caso en la Constitución Política en su artículo 19 N°2, corresponde conceptualizarla como principio, en sentido prescriptivo como deber ser, y como derecho. No en términos descriptivos, toda vez que existe una contradicción fáctica que resulta problemática -atingente principal en este trabajo-. Porque *"...precisamente se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad"*¹⁴⁴. En este sentido, no hay una declaración de principios en la cual el Código Penal establezca diferencias, no tiene ese mandato precisamente porque esta es la forma de garantizar que la diversidad no sea un factor de desigualdad.

La invocación de la noción de igualdad se justifica en este análisis, pues la pretensión de ponderar la colisión de derechos que se vislumbra al pretender una figura género específica, no busca sino encontrar solución a una situación de

¹⁴³ Ibid., p. 9

¹⁴⁴ Ibid., p. 14

desigualdad, y en este orden, se entiende que la igualdad, tratada como principio o valor, implica entre otras cosas, que aquella sirve como un estándar de evaluación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos, e incluso como criterio de interpretación.¹⁴⁵

Bajo este escrutinio, no solo se enfoca la distribución de derechos fundamentales, pues "*...la igualdad no se concibe como derecho autónomo, sino que se vincula a otros bienes o derechos, de forma que el objetivo no es proteger la igualdad en sí misma, sino la igualdad de algo o en algo*"¹⁴⁶. De manera que, Díaz de Valdez afirma, por un lado, que es también posible señalar que la igualdad, en tanto principio constitucional, implica la obligación de promover la igualdad de oportunidades, en la práctica, al menos en atención al deber de remover los obstáculos que solo afectan a unos.¹⁴⁷

Por otra parte, independiente del hecho de que un trato desigual deba justificarse como racional o razonable, excluyendo cualquier cuestionamiento de arbitrariedad, una tipificación género-específica no transgrede el principio de igualdad toda vez que la diferencia no está establecida como estatus, y funciona más bien en la práctica como garantía jurídica de la ausencia de estatus. Esto se debe a que las diferencias si pueden ser objeto de valorización para efectos de lograr la garantía de derechos fundamentales.¹⁴⁸ En este sentido Figueroa explica que la afirmación de Ronald Dworkin, de acuerdo a la cual la diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley, permite comprender que, en ocasiones, "el principio de igualdad exige exigirá recoger diferencias fácticas

¹⁴⁵ DIAZ DE VALDES, J. LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL: MÚLTIPLE Y COMPLEJA. Rev. chil. derecho [online]. 2015, vol.42, n.1, pp.153-187.

¹⁴⁶ Ibid., p. 172.

¹⁴⁷ Ibid., p. 177. Esta afirmación, esta idea es tomada de acuerdo a una visión de igualdad substancial o material, y no meramente formal, pues la igualdad de oportunidades es un arma de doble filo a la hora de atender factores estructurales de desigualdad. Véase WILLIAMS. (2009). Igualdad sin Discriminación. En El Género en el Derecho, Ensayos Críticos. Compilación por Ávila, Ramiro., Salgado, J., y Valladares, L. (257-283). Quito, Ecuador: V&M Graficas., p. 262 y siguientes.

¹⁴⁸ En el mismo sentido que FERRAJOLI, Luigi. (2005). Respecto de "el modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la "igual valoración jurídica de las diferencias" basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad, y sociales- y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad". p. 10.

existentes para efectos de diseñar un estatuto diferenciado, porque solo de esa manera se puede garantizar la igualdad de trato”¹⁴⁹, lo que conoce como principio

A mayor abundamiento, corresponde preguntarnos cuál puede ser el efecto contraproducente de la existencia de una figura neutra que sancione las conductas que hemos descrito, y que permita que los hombres sean sujetos pasivos del tipo. Esto, siempre bajo la consideración de que el sexo masculino también es objeto de estereotipos de género, pero que aquellos implican –de manera poco discutible- el goce de una posición dominante en la sociedad. Un análisis de igualdad, género y poder, da cuenta que el ejercicio del mismo tiene ciertas características. Joan Williams, al respecto señala lo siguiente:

*"Es necesario combinar un análisis de igualdad, con un análisis de género y poder. En los Estados Unidos, este análisis ha tendido a enfocarse en la erotización de la dominación: en las formas en las cuales nuestra sexualidad está vinculada con la erotización del ejercicio de poder sobre las mujeres, en la violencia doméstica, el hostigamiento sexual, y la violación."*¹⁵⁰

Es relevante el hecho de que siendo posible hipotéticamente que un hombre alegue que es objeto de esta agresión, se deben enfrentar diversos riesgos contraproducentes con una tipificación que pretende en realidad una protección particular. Por una parte, se introduce con ello el estándar de “hombre razonable” en la aplicación e interpretación de los elementos del tipo. No queda sino esperar que la diferenciación del escrutinio aplicado hasta ahora, entre hombres y mujeres, se replique desprotegiendo con ello a la mujer y la finalidad de una posible tipificación, ejemplo de aquello serían los cuestionamientos de credibilidad a los que se somete a las mujeres víctimas de violencia de género, en conjugación con el criterio de gravedad de la conducta. Se ha señalado además que existe el riesgo de

¹⁴⁹ FIGUEROA, R. (2000): Igualdad y Discriminación. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales). P. 8-9.

¹⁵⁰ WILLIAMS, J. (2009). Igualdad sin Discriminación. En El Género en el Derecho, Ensayos Críticos. Compilación por Ávila, Ramiro., Salgado, J., y Valladares, L. (257-283). Quito, Ecuador: V&M Graficas.

que la identidad *queer* de una persona, pueda servir de sustento para construir un caso de acoso callejero, y junto con lo que la tipificación de una figura implica, la construcción de un supuesto de legítima defensa¹⁵¹.

Sucede que la afectación que de acuerdo a lo expuesto concurre, tiene lugar solo en atención a las particulares características de discriminación estructural que pesa sobre las mujeres en favor de los hombres y, por lo tanto, la extensión de una protección de estas características a los hombres, deviene en un despropósito.

c. Propuestas legislativas y legislación.

Las propuestas legislativas de sancionar penalmente el acoso callejero, se refieren a un fenómeno que forma parte de la discriminación estructural que pesa sobre las mujeres, y como tal, está construido sobre la base de estereotipos respecto de mujeres y hombres, en atención a los roles de género que son impuestos. En este sentido, y dada la pretensión de atribución al poder punitivo de la capacidad de transformación cultural atendido el contenido sustancial de sus normas, se recurre a aquello que es parte de la función simbólica del derecho penal. Bajo esta premisa, es de vital importancia que el mensaje simbólico no sea equivoco, cuestión en la que de una u otra manera incurren las tipificaciones que se han propuesto y/o recientemente aprobado por el poder legislativo, cuyo análisis fue dejado a esta sección toda vez que una vez analizados los elementos esenciales del fenómeno, la tarea de reseñar de manera conclusiva las implicancias que el entendimiento del mismo importa, se da por si sola de manera crítica.

La primera propuesta, fue ingresada el año 2015 por moción parlamentaria, corresponde al boletín N° 9936-07, el cual fue refundido con el boletín N° 7606-07, y que actualmente es aquella que se encuentra aprobada, promulgada y recién publicado con fecha 3 de mayo de 2019, conformando por lo tanto la Ley N° 21.153.

¹⁵¹ RAMAKRISHNAN, K. (2011) Inconsistent Legal Treatment of Unwanted Sexual Advances: A Study of the Homosexual Advance Defense, Street Harassment, and Sexual Harassment in the Workplace, 26 Berkeley J. Gender L. & Just. 291

Propone la tipificación del acoso callejero mediante la modificación de artículos del Código Penal y la incorporación de un artículo en los delitos falta del mismo cuerpo normativo. La segunda propuesta, es el proyecto ingresado el año 2017, ingresado el año 2017 por moción presidencial, bajo el gobierno de Michelle Bachelet Jeria, corresponde al boletín N° 11077-07 y propone en cambio una ley integral que modifica además otros aspectos relacionados con violencia de género, modificando en esta materia el código penal, respecto de los actos que implican contacto corporal y aquellos que no.

En primer lugar, respecto de aquellos actos que significan contacto corporal, tanto la Ley N° 21.153 como el proyecto N°11077-07 incorporan a su manera una forma de sortear el obstáculo que ha significado el alto estándar probatorio respecto del consentimiento en los casos de abuso sexual. Sin embargo, no encauzan en aquello las manifestaciones de acoso callejero, por dejar de lado la naturaleza que es propia de los actos de acoso callejero. Ambos artículos agregan una modalidad de comisión de abuso sexual, de manera de extender la punibilidad de los actos constitutivos de acciones sexuales a una hipótesis constitutiva de actos que suponen, de otra forma, la ausencia de consentimiento. En este sentido, ambos proyectos agregan un tercer inciso al artículo 366 del Código Penal, los cuales señalan lo siguiente:

En el primer caso¹⁵², se señala que *"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 ésta sea mayor de catorce años."*

El segundo proyecto¹⁵³ agrega un inciso tercero al artículo 366 del Código Penal, el cual señalaría que *"Si el delito a que se refiere el inciso primero se realizare con una persona mayor de catorce años, sin la concurrencia de alguna de las*

¹⁵² Ley N° 21.153 Que modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos.

¹⁵³ Boletín N° 11077-07

circunstancias enumeradas en los artículos 361 y 363, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo.”

Si bien la Ley N° 21.153 pareciera invocar directamente el fenómeno en estudio al explicitar como ejemplo, que el empleo del elemento sorpresa supone un caso en que no media el consentimiento de la víctima, y en el segundo supuesto propuesto, se prescinda de las circunstancias establecidas por los delitos de estupro o la violación, aquello no obsta a que la ausencia de voluntad se refiera a un acto entendido por el ordenamiento jurídico-penal como una acción sexual, la cual como señalamos de acuerdo al artículo 366 ter, requiere que se trate de un acto de significación sexual de relevancia, y que afecte los genitales, el ano o la boca de la víctima. Esta modificación deja fuera actos que se caracterizan por un contacto corporal de significancia sexual de menor entidad, como por ejemplo las tocaciones fugaces de trasero o senos en espacios públicos, y los frotamientos de las zonas erógenas del agresor, que no comprometan zonas erógenas de la víctima necesariamente, cuando se trate una víctima mayor de 14 años. Lo que realmente hace esta disposición es una modificación al esquema de los abusos sexuales y al paradigma del consentimiento –que no es materia de este análisis- pero que no tiene que ver única y necesariamente con el acoso callejero.

En cambio, era el proyecto original del boletín 9936-07, que creaba un delito de acoso callejero incorporando un párrafo 11 al Título VII del Libro Segundo del Código Penal correspondiente al artículo único 389, aquel que lograba coherencia en lo que respecta a los actos corporales como manifestación de acoso callejero. En su Artículo 389 sexies señalaba que: *"El que cometiere acoso sexual callejero consistente en un acto que involucre el contacto corporal de carácter sexual, como tocaciones indebidas, roces o presión de genitales contra el cuerpo de otra persona, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo."* De esta manera, se agregaba un artículo que señala que los actos de acoso callejero en lugares públicos, que, si implican contacto corporal, pero que sin embargo no constituyen una acción sexual o incluso acto de significación sexual de acuerdo a los artículos 366 bis o 366

quater del Código Penal, si tienen un carácter sexual que se corresponde con una de las manifestaciones del acoso callejero, y que en ese orden es sancionable.

Como segunda cuestión, ambas propuestas sancionan también el acoso callejero consistente en la captación de cualquier registro audiovisual del cuerpo de otra persona, sin consentimiento, y mediando fines primordialmente sexuales, con pena de multa. La Ley 21.153 incorpora un artículo 161- C, dentro del Título V, párrafo de los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia. Esta disposición sanciona *"al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento.*

Se impondrá la misma pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales, al que difunda dichas imágenes, videos o registro audiovisual a que se refiere el inciso anterior"

El segundo proyecto¹⁵⁴ en cambio, al agregar un artículo 494 ter, incorpora dentro de lo que se concibe como acoso sexual la captación de imágenes. Sin sancionar la difusión de las mismas, establece que *"Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:*

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

Al parecer hay consenso en la consideración de una figura que sancione la captación de imágenes sin consentimiento, atribuyéndole a dicho acto la posible

¹⁵⁴ Boletín Nº 11077-07

connotación de significación sexual. Sin embargo, me parece que lo relevante es que la conducta tenga la aptitud de ser objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, como lo establece el encabezado de la Ley N°21.153, pues solo de esa manera se logra justificar el injusto que coincide con el fenómeno de acoso callejero, y lo que importa finalmente concurrencia de un hostigamiento que afecta realmente un bien jurídico, y se aleja de otras prohibiciones que puedan resultar moralizantes.

En tercer lugar, tanto la Ley como el segundo proyecto incorporan en un artículo 494 ter el resto de los actos, considerados de carácter sexual, en el que se incluyen hipótesis de actos verbales y no verbales. La Ley N° 21.153 establece que *"Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:*

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

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

De esta forma, se sanciona como acoso sexual aquello que define como un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. Sin embargo, hemos mencionado que no todos los actos de acoso sexual se identifican con el concepto de significación sexual, cuestión que, si bien es contradictoria, se resolvió en el proyecto mediante la inclusión expresa dentro de dicha conceptualización, a los abordajes intimidantes y las persecuciones, pues de otra manera se encontrarían excluidos.

En cambio, el segundo proyecto¹⁵⁵ señala que *"Comete acoso sexual y será castigado con multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales el que incurriere en alguna de las siguientes conductas:*

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

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

Este proyecto incorpora en su N°2 la hipótesis de acoso callejero considerable como la más grave, y condiciona el resto de las manifestaciones al carácter sexual explícito, dejando fuera las persecuciones, actos intimidantes y expresiones hostiles.

En este sentido, se extraña una suerte de deconstrucción de aquello que es sexual, pues es posible ver que la conceptualización que permea las propuestas, da cuenta de la falta de entendimiento del fenómeno de acoso callejero como parte de la violencia de género en contra de la mujer que se concretiza como una práctica transversal en diferentes ámbitos de la vida cotidiana. Aquello devino en la necesidad de crear un artículo nuevo que actúa como cajón de sastre, reuniendo supuestos que en realidad son diversos. Esta situación es consecuencia del hecho de que se desconoce que la naturaleza del acoso callejero deriva de un contexto de discriminación estructural de la mujer, cuestión que conlleva –además– la existencia de actos que no necesariamente tienen un carácter sexual, como también actos que pueden ser más bien degradantes o intimidantes, y que también afectan bienes jurídicos en atención a esa circunstancia.

VI. Conclusión

El análisis reseñado, tiene lugar desde una crítica a la visión individualista de la igualdad que permea nuestro derecho, pues la manera de concebir los daños, derechos y garantías, se efectúa desde una visión que resulta descontextualizada de

¹⁵⁵ Boletín N° 11077-07

la situación de cada individuo, contraria a una visión o versión "sociológica" o contextualizada de una realidad social, que es más amplia, y que contempla la pertenencia de esa persona a un grupo, el cual se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de pertenecer al mismo¹⁵⁶. Entender el acoso callejero como el conjunto de actos que menoscaba la seguridad individual y la libertad de autodeterminación de la mujer, me parece, cala profundamente en lo que hasta ahora ha aportado a la trivialización del daño que la violencia de género en contra de la mujer significa. Pues dicho análisis, permite hacernos cargo de manera concreta, de la ambivalencia que confunde las conductas propias del fenómeno. Francés Olsen señala que:

*"Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el "mundo real", pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado "femenino" de los dualismos"*¹⁵⁷

Esta apreciación es certera para efectos de entender lo que sucede en general con la violencia de género en contra de la mujer, pero implica un acierto aún más agudo respecto del acoso callejero, el cual, desde un punto de vista jurídico penal tiene ciertos matices que requieren un análisis adicional. Ante el cuestionamiento de la gravedad del acoso callejero, en tanto justificación que permita echar mano al derecho penal, el análisis del bien jurídico afectado requiere una perspectiva de género que deconstruya aquellas bases del sistema de delitos sexuales del Código Penal, como también la percepción o construcción social de criminalidad, que dependen de las posiciones de ventaja o desventaja persistentes. Lo anterior, en pos de delimitar las cualidades de las esferas en que se desenvuelve nuestra

¹⁵⁶ SABA, R. (2005). (Des) Igualdad estructural. Revista Derecho y Humanidades, Nº11, 123-147., p. 138.

¹⁵⁷ OLSEN, F. (2000). El sexo del derecho. En Identidad femenina y discurso jurídico (25-42). Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer, y Derecho., p. 2.

sociedad, las necesidades de un desarrollo humano adecuado, y con ello los daños que provienen de las conductas, en este caso, constitutivas de acoso sexual.

Si bien puede considerarse que estas conductas, analizadas de manera individualista y relacional, no evocan el cumplimiento de los requisitos necesarios para la intervención penal, el reconocimiento de un contexto de discriminación estructural en contra de las mujeres, en cambio, permite reconstruir las implicancias del acoso callejero, y puede permitir afirmar la afectación de un bien jurídico, autorizando de esa manera el recurso al derecho penal de ultima ratio. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, hay conductas que se corresponden con el fenómeno de acoso callejero, y que como tales puede considerárseles como atentatorias de la indemnidad o libertad sexual en alguna medida, y siempre que impliquen un evidente carácter sexual. Sin embargo, puede suceder que el carácter sexual sea más bien parte de la erotización del dominio que ya hablaba MacKinnon, y proviene realmente de su referencia al sexo, como hecho bruto que conforma parte de la conducta, y en cambio, la afectación primordial sucede a nivel del bien jurídico de seguridad individual de manera directa como presupuesto de la libre autodeterminación, pues como se ha señalado, se trata de actos que finalmente tienen la potencialidad de interferir en el proceso motivacional y lesionar la voluntad de deliberación de las mujeres en la concurrencia de los espacios públicos.

Como se ha señalado, esta distinción es posible, particularmente, desde la revisión de los elementos y circunstancias conformados por la histórica subordinación de las mujeres, y la relación directa de aquello, con los estereotipos culturales que pesan sobre ellas. El acoso callejero tiene el efecto de formar parte de un proceso de des-empoderamiento de la víctima, pues el daño funciona a través de su contenido, y crea no solo un contexto de vulnerabilidad, sino que, a un sujeto de derechos vulnerable, en el sentido expuesto por Fineman¹⁵⁸, quien propone el

¹⁵⁸ FINEMAN, Martha. (2008). Óp. Cit. p. 12

enfoque de la vulnerabilidad, el cual incorpora el hecho de que en la práctica, la vida abarca un amplio rango de habilidades diversas e interdependientes¹⁵⁹.

En ese orden, en una evaluación de que es lo que determina la identificación con esta condición, la autora cita¹⁶⁰ los tipos de recursos que las instituciones y organizaciones sociales proveen, esbozados por Kirby. Se encuentran los recursos físicos o materiales, los recursos humanos y los recursos sociales. El acoso callejero tiene efecto en los recursos humanos de las mujeres, definidos como habilidades innatas o desarrolladas para aprovechar al máximo una situación dada¹⁶¹, lo cual tiene un correlato en el bienestar material o físico, como también en las capacidades¹⁶². Lo mismo sucede respecto de los recursos sociales, que son entendidos como una red de relaciones de las que obtenemos apoyo, dentro lo que se encuentran además de la familia, relevante en este caso son los espacios culturales, y colectivos políticos¹⁶³. Se excluye a las mujeres del aprovechamiento de ciertos recursos y bienes, posicionándolas como un grupo desaventajado, en oposición a quienes resultan favorecidos y privilegiados, no por el comportamiento propio que constituyen los actos de acoso callejero, sino por los daños que este genera, socavando de esta manera con la igualdad en el ejercicio de derechos.

Es en atención a este análisis, que resulta no solo difícil extender la aplicación de esta figura a quienes no se encuentran en dicha situación, sino que la pretensión de concebir una tipificación neutra como se ha planteado, abre la ventana a la

¹⁵⁹ Fineman toma el concepto de vulnerabilidad utilizado por Peadar Kirby, en su libro *Vulnerability and Violence* (2006), que tiene un enfoque propiamente socio económico, y la afectación de aquella esfera por la globalización contemporánea, y lo extiende al tratamiento de las desigualdades, en general, desde las instituciones, que son quienes distribuyen de manera significativa estos bienes dentro de la sociedad, y quienes se encuentran en mejor posición para, desde la regulación y normativa, responder las situaciones de desigualdad.

¹⁶⁰ FINEMAN, Martha. (2008). Óp. Cit. p, 14.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² A propósito de las capacidades, la misma autora cita a Nussbaum En *CAPACIDADES COMO TITULACIONES FUNDAMENTALES: SEN Y LA JUSTICIA SOCIAL*. quien propuso a su vez el enfoque de las capacidades como titulaciones fundamentales. Si bien no está de acuerdo con el listado propuesto como requerimientos básicos para una vida digna, por ser aquellas necesidades más bien relativas, en el caso del acoso callejero si pueden identificarse ciertas capacidades que se ven limitadas, que sin embargo son importantes para toda persona. Incluye, por ejemplo, la integridad corporal entendida como la capacidad para moverse y estar seguro frente agresiones violentas, la recreación, la afiliación dentro de lo que se encuentra la capacidad involucrarse en formas de interacción social, y ser tratado como un ser humano cuyo valor sea igual al de otros. Asimismo, se encuentra aquello que denomina control sobre el entorno propio y que incluye la capacidad para participar de las decisiones políticas y salvaguarda para la libertad de expresión.

¹⁶³ FINEMAN, Martha. (2008). Óp. Cit. p. 15.

aplicación del estándar de hombre razonable que ha perjudicado el acceso a la justicia de las mujeres, desde lo que se refiere a juicios de credibilidad de la víctima por su forma de reacción, a la aplicación de criterios subjetivos respecto de la intencionalidad del sujeto activo. Esto puede hacer ilusoria una acción afirmativa en esta dirección, se perpetúa aquello que asevera Larrauri, al señalar que *"...no se trata de afirmar que las normas penales son igualitarias pero que los jueces las aplican de forma desigual, sino que me interesa resaltar la idea de que las normas son iguales pero están dotadas de un contenido desigual (Mackinnon, 1987), porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto"*¹⁶⁴.

A contrario sensu, el beneficio que puede tener una normativa en este sentido, incluso desde el punto de vista de la función simbólica del derecho penal, puede tener la virtud de significar no solo mejorar la posición desventajada que pesa sobre la mujer en el ejercicio y garantía de sus derechos. Pero no menos importante, es que puede ser un aporte en aquello que señala Barrata¹⁶⁵ al recalcar la importancia de la deconstrucción de la conexión ideológica entre sexo y género que justamente permite la persistencia de la objetualización de la mujer, una reconstrucción social del género que supere las dicotomías artificiales en las que se basa el poder masculino en la arena de los espacios que corresponden a la esfera pública.

¹⁶⁴ LARRAURI, E. (2002). Género y Derecho Penal. En Seminario Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas, Colegio de Abogados de Costa Rica., p. 1.

¹⁶⁵ BARATTA, A. (2000). Óp. Cit., p. 41

VII. BIBLIOGRAFIA.

- LARRAURI, E. (2008). Mujeres y el sistema penal: Violencia Domestica. Buenos Aires, Argentina. B de F.
- MACKINNON, C. (1979). Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination. New Haven., Conn., Yale University Press.
- GARRIDO MONTT, M. (2010) Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III., Editorial Jurídica de Chile.
- BARATTA, A. (2000). El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. En Las trampas del poder punitivo (39-83). Buenos Aires: Haydee Birgin.,
- TOLEDO VASQUEZ, P. (2009). Femicidio. México: OACNUDH México
- MAQUEDA ABREU, M. (2006). La Violencia de Genero, entre el concepto jurídico y la realidad social. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 08-02, 02:1-02:13.
- FINEMAN, M. (2008). The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. Yale J.L. & Feminism, 20.
- BASCUÑAN R, A. (1997). Acoso sexual y derecho penal. Derecho penal y humanidades, 5, 7-20.
- MACKINNON, C., & SIEGEL, R. (2004). Directions in Sexual Harassment Law. New Haven, London: Yale University Press.
- FRANKS, M. (2012). Sexual Harassment 2.0. Maryland Law Review, 71, 655-704.
- THOMPSON, D. (1993). The woman in the street: Reclaiming the public space from sexual harassment. Yale Journal of Law and Feminism, 6, 314-347.
- BOWMAN, C. (1993). Street harassment and the informal ghettoization of women. Cornell Law Faculty Publications, 103:517
- OLNEY, M. (2015). Toward a socially responsible application of the criminal law to the problem of street harassment. Mary J. Women & L, 22, Article 6.
- OSHYNKO, N. (2002). No safe place: The legal regulation of street harassment. Vancouver, Canada: University of British Columbia.

- NIELSEN, L. (2006). License to Harass: Law, Hierarchy, and Offensive Public Speech (The Cultural Lives of Law). Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- GAYTAN SANCHEZ, P. (2007). El acoso sexual en lugares públicos: Un estudio desde la grounded theory. El Cotidiano, 22, número 143, 5-17.
- GLICK, P., y FISKE, S. (1996). The Ambivalent Sexism Inventory: Differentiating Hostile and Benevolent Sexism. Journal of Personality and Social Psychology, 70, N°3, 491-512.
- POLITOFF, S. MATUS, J y RAMÍREZ, M. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte especial. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MACKINNON, C. (1996). Only words. Cambridge, Massachusetts. Estados Unidos: Harvard University Press.
- RODRIGUEZ COLLAO, L. Delitos sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999. Editorial Jurídica de Chile. 2000
- BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. (1997). PROBLEMAS BÁSICOS DE LOS DELITOS SEXUALES. Revista De Derecho, 8 (sup. Espec), 73-94.
- MAÑALICH RAFFO, J. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134754>
- GARDNER, J., y SHUTE, S. (2000), The Wrongness of Rape. En Horder, Oxford Essays in Jurisprudence. 4. Oxford. Oxford University Press.
- PLAXTON, M. (2014). Nussbaum on Sexual Instrumentalization. Criminal Law and Philosophy, 10 (1), 1-16
- MUÑOZ SANCHEZ, J. (1992). El delito de detención. Madrid: Trotta.
- POLITOFF, S., MATUS, J, & RAMIREZ, M. (2003). lecciones de derecho penal chileno tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MATUS ACUÑA, J. (2015). La protección de la seguridad personal en el Código Penal. Revista Ius Et Praxis, 1, 387-396.
- LORENZO SALGADO, J. "El delito de amenazas. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido", en Estudios Penales y Criminológicos n°12 (1987-1988), pp. 249 a 304

- BASCUÑÁN R, A. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea.
- MAÑALICH RAFFO, J. (2009). Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago., p. 77.
- ETCHEVERRY, A. (1998). Derecho Penal. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SHAH, S. (2016). Open season: Street harassment as true threats. *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 18, 377-401.
- KINDHÄUSER, U (2009). Estructura y Legitimación de los delitos de peligro. En *InDret*.
- RIED, N. (2012). Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°16, 171-193
- POLITOFF, S. MATUS, J & RAMÍREZ, M. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte general*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO M, M. (2010). *Derecho Penal, Tomo III*. Chile: Editorial Jurídica
- LACEY, N. (1998). *Unspeakable Subjects Feminist Essays in Legal and Social Theory*. Estados Unidos: Hart Publishing. p 203-204.
- WONG, J. (1999). The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist legal Theory: The debate and Beyond. *Wm. & Mary J. Women & L*, 5, 273-296.
- SMART, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico” en Birgin, H. (comp). *El derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.,
- MAÑALICH RAFFO, J. (2010). Ontología sexual y derecho penal. En reversa: primeras jornadas estudiantiles de teoría de género, Universidad de Chile (75-96).
- VEGA Z, H. (2012). El derecho a la libertad de expresión: ¿una limitante al poder estatal? (a propósito del diálogo intersubjetivo en una sociedad democrática). *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(2), 355-369
- NUSSBAUM, M. (2005). Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho., p. 39.

- ALEXY, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, 3-14.
- MACKINNON, C. (1984). Not a Moral Issue. Yale Law & Policy Review, Vol. 2, 321-345.
- FERRAJOLI, L. (2005). Igualdad y diferencia. En Igualdad y diferencia de género (7-33). México: Conapred, Col. Miradas.
- DIAZ DE VALDES, J. La igualdad constitucional: múltiple y compleja. Rev. chil. derecho [online]. 2015, vol.42, n.1, pp.153-187.
- WILLIAMS. J. (2009). Igualdad sin Discriminación. En El Género en el Derecho, Ensayos Críticos. Compilación por Ávila, Ramiro., Salgado, J., y Valladares, L. (257-283). Quito, Ecuador: V&M Graficas.
- FIGUEROA, R. (2000): Igualdad y Discriminación. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales)
- RAMAKRISHNAN, K. (2011) Inconsistent Legal Treatment of Unwanted Sexual Advances: A Study of the Homosexual Advance Defense, Street Harassment, and Sexual Harassment in the Workplace, 26 Berkeley J. Gender L. & Just. 291.
- SABA, R. (2005). (Des) Igualdad estructural. Revista Derecho y Humanidades, Nº11, 123-147
- OLSEN, F. (2000). El sexo del derecho. En Identidad femenina y discurso jurídico (25-42). Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer, y Derecho.
- LARRAURI, E. (2002). Género y Derecho Penal. En Seminario Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas, Colegio de Abogados de Costa Rica.

