



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS
DELITOS DE ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL**

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

CLAUDIO FRANCISCO QUEZADA MORAGA

Profesor Guía: Javier Arévalo Cunich

Santiago, Chile

2020

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

2. CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS DE ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL.

1. Referencia a los delitos de estupro y abuso sexual antes de la Ley N° 19.617 y sus posteriores modificaciones por la Ley N° 19.927.

1.1. La reforma implementada por la Ley N° 19.617.

1.2. Análisis de la estructura típica de los delitos de estupro y abuso sexual antes de las reformas introducidas por la Leyes N° 19.617 y 19.927.

a) Estupro

- a.1) Sujetos
- a.2) Conducta típica
- a.3) Engaño
- a.4) Edad de la víctima
- a.5) Bien jurídico protegido

b) Abuso Sexual

- b.1) Abusos deshonestos
 - b.1.1) Conducta típica
 - b.1.2) Sujetos
 - b.1.3) Bien jurídico protegido
 - b.1.4) Reformas implementadas por las Leyes N° 19.617 y 19.927

2. Los delitos de estupro y abuso sexual en nuestro actual Código Penal

a) Estupro

- a.1) Abuso de anomalía o perturbación mental, que no constituye enajenación
- a.2) Abuso de relación de dependencia de la víctima
- a.3) Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima

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

b) Abuso Sexual

b.1) Abusos sexuales propios

b.2) Abusos sexuales impropios

b.3) Abusos sexuales agravados

3. CAPÍTULO II. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL.

1. Problemáticas comunes al delito de estupro y abuso sexual

a) Disposición y fundamentación de las normas en el Código Penal

2. Análisis crítico en torno al delito de estupro.

a) Sujeto activo y el acceso carnal

b) Bien jurídico protegido y la autodeterminación sexual de los menores de edad

c) Formas comisivas del delito de estupro

c.1) Abuso de anomalía o perturbación mental, que no constituye enajenación.

c.2) Abuso de relación de dependencia de la víctima

c.3) Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima

c.4) Engaño

d) ¿Debería existir el delito de estupro en nuestro sistema penal?

3. Análisis crítico en torno al delito de abuso sexual.

a) Ambigüedad en la redacción de la norma y su conflicto con el principio de legalidad.

b) Abuso sexual propio o directo

b.1) Significación sexual del acto.

b.2) Relevancia del acto de significación sexual.

b.3) Contacto corporal con la víctima o afectación de sus genitales, ano o boca.

c) Abusos sexuales impropios

d) Abusos sexuales agravados, ¿Un tipo de violación?

4. CAPÍTULO III. CONCLUSIONES A MODO DE PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LOS TIPOS ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

5. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta investigación abordaremos los tipos penales de estupro y abuso sexual desde sus concepciones iniciales, pasando por su evolución histórica y también por las reformas elementales que han experimentado en su estructura típica hasta la actualidad.

De esta manera, pretendemos que esta investigación sea un aporte para ayudar a proteger de manera más eficaz la indemnidad sexual, en el caso de los menores de edad, contemplando las distintas situaciones donde puedan resultar vulnerados sus derechos, además de la libertad sexual, en el caso de los mayores de edad.

Para esto, analizaremos de manera crítica la aplicación, vigencia e interpretación de las normas relativas al estupro y abuso sexual presentes en nuestro Código Penal actual y determinaremos qué tipo de observaciones pueden realizarse desde el punto de vista de su estructura típica. Estudiaremos sus distintas concepciones de acuerdo con las evoluciones y modificaciones que han experimentado, la influencia de los antiguos tipos penales de estupro y abuso sexual en los que actualmente existen y cuáles fueron los fundamentos del legislador para la determinación de los casos presentes en la norma, así como aquellos que no fueron contemplados en ella.

Determinaremos qué críticas podemos realizar al tipo penal desde el punto de vista de sus elementos, así como del consentimiento que pueden prestar los menores de edad, analizando si el tipo penal de estupro y abuso sexual protege de manera activa la indemnidad de los menores de edad y la libertad sexual de los mayores de edad.

Con todo, concluiremos si la construcción del tipo penal protege efectivamente los bienes jurídicos mencionados, que requieren especial cuidado, además del análisis propositivo de las consecuencias de aplicación de la norma en el sistema penal y cómo se podría mejorar el tipo, para abarcar aquellos casos que hoy no se contemplan, y por ende, permanecen fuera del sistema penal y sus sanciones.

Para finalizar, en esta investigación pretendemos realizar una propuesta sobre las alternativas legales que permitan una adecuada protección de los diversos bienes jurídicos que hemos mencionado.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS DE ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL.

1. Referencia a los delitos de estupro y abuso sexual antes de la Ley N° 19.617 y sus posteriores modificaciones por la Ley N° 19.927

1.1. La reforma implementada por la Ley N° 19.617

La ley N° 19.617 se publicó en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999. Si bien en un comienzo el objetivo principal de este cuerpo legal era modificar algunos aspectos del delito de violación, a lo largo de la discusión se evidenció la necesidad de realizar una modificación de la estructura de los delitos sexuales presentes en nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto. Así las cosas, esta nueva ley no solo modificó el delito de violación, sino también el de estupro, introduciendo nuevos conceptos para una protección más eficaz y efectiva de diversos bienes jurídicos. El principal motor de la discusión fueron los cambios sociales que el país había experimentado desde la dictación del Código Penal, lo que antes entendíamos sobre la delincuencia y de quienes cometían los delitos parecía no ser suficiente para la sociedad de ese momento, por lo que se decidió elaborar una propuesta que modificó sustancialmente los delitos sexuales, según las necesidades de la época.

Debemos mencionar que, a grandes rasgos, los fundamentos de este proyecto eran:

- 1) Abordar el fenómeno histórico de la violencia sexual en Chile, particularmente, en materias vinculadas al delito de violación y cuyos efectos negativos se habían agudizado en las últimas décadas.
- 2) La percepción de la población sobre la gravedad del problema y la urgente necesidad de intervención por parte del Estado en su tratamiento integral, que se evidenciara en una mayor y más efectiva seguridad ciudadana.
- 3) Protección más eficaz de los menores.¹

De esta manera, debemos recordar que históricamente, los delitos que atentaban contra la libertad de autodeterminación en materia sexual estaban recogidos a propósito de la honestidad o moralidad pública, como bien jurídico o interés protegido. Su ubicación sistemática en el Código Penal, antes de la modificación, correspondía al Título VII del Libro II “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, pero esta consideración perdió toda vigencia y legitimidad. Ahora bien, la libertad sexual, como bien o valor a proteger aparecía ampliamente desdibujada, el ejercicio de la libertad individual para practicar la sexualidad se realizaba dentro de las esferas permitidas, el resto de las manifestaciones sexuales no ameritaban protección penal en caso de ejecución forzada, involuntaria o no deseada, o, de recibirla, reflejaba un disvalor diverso, de menor entidad, o se consideraba ilícita y punible su realización aun consentida.²

1.2. Análisis de la estructura típica de los delitos de estupro y abuso sexual antes de las reformas introducidas por las Leyes N° 19.617 y 19.927

a) Estupro

En lo relativo al delito de **estupro**, el antiguo artículo 363 del Código Penal prescribía que “*El estupro de una doncella, mayor de doce años y menor de veinte, interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados*”. Posteriormente, dicho artículo fue modificado por el artículo 9° de la Ley N° 19.221, publicada con fecha 1 de Julio de 1993, estableciendo la modificación en la edad de la víctima, pasando de veinte a dieciocho años.

El término “estupro”, siempre ligado al de acceso carnal, ha sido entendido con diverso alcance, según las épocas y países. En el Código Español de 1848, Pacheco³ lo caracterizaba como “el goce de una doncella, conseguido por seducción”. Dentro de las disposiciones legales, se distinguían el estupro incestuoso, el estupro cometido por ciertas

¹ SIERRA, I. 2011. Análisis Crítico del Tipo Penal de Abusos Sexuales y de la Figura del Child Grooming a partir de una Interpretación Jurisprudencial del artículo 366 quáter del Código Penal. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 13p.

² GARRIDO, M. 2010. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 4° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 262p.

³ PACHECO, J. 1848. El Código Penal concordado y comentado, Tomo III. Madrid, España. Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía. 130p.

personas investidas de autoridad y confianza y el estupro cometido por cualquiera otra persona. En nuestro Código Penal, el sistema cambió por completo, sin considerar las distinciones, quedó recogido solamente el estupro que podía llamarse “simple”, dentro del Código Español, que tiene al “engaño” como elemento constitutivo indispensable.⁴

a.1) Sujetos

El sujeto pasivo en el antiguo delito de estupro era siempre la mujer, pues la norma se refería a “doncella”, mientras que el activo era el varón. Fue bastante discutido el término doncella; para algunos autores, como Del Río⁵ y Labatut⁶, hacía referencia a la mujer que no había tenido relaciones sexuales, lo que en la práctica se probaba por informes médicos legales, que llegaban a la conclusión del reciente desfloramiento de la víctima.⁷

Sin embargo, otros autores, como Etcheberry⁸, consideraban que la doncellez era un concepto distinto a la virginidad y a la honestidad. Así, doncella era aquella mujer que no había tenido relaciones sexuales, en sentido amplio, ni normales o anormales, ni voluntarias o forzadas, agregando que esta circunstancia daría cuenta de una cierta ignorancia o candidez respecto del acto sexual y sus efectos, lo que permitiría al varón engañarla en torno a este punto. Las conductas de aproximación sexual, como la masturbación u otras, no eran suficientes para liberar la condición de doncellez. El mismo autor señala que la doncellez no debía confundirse con la noción puramente fisiológica de virginidad, que era no haber realizado la cópula normal, que se evidenciaba con la incolumidad del himen. Por otro lado, la honestidad se consideraba como la observancia de ciertas normas sociales en materia sexual, que era aplicable a cualquier mujer que había tenido experiencia sexual en los términos guardando dichas normas.

a.2) Conducta típica

⁴ ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. 3º Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 64-65pp.

⁵ DEL RÍO, R. 1939. Elementos del Derecho Penal. Santiago, Chile. Editorial Nascimento. 315p.

⁶ LABATUT, G. 1959. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 233p.

⁷ VARGAS, G. 2001. El estupro, la nueva figura penal en la ley 19.617. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 9p.

⁸ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 54 y 66pp.

La conducta típica tenía una descripción muy lacónica, sancionaba la conducta que consistía en el estupro de una doncella de entre doce y dieciocho años, interviniendo engaño. El Código Penal no definía lo que se entendía por estupro, pero la doctrina mayoritaria y jurisprudencia, como señala Etchegaray y Araya⁹, indicaba que había cuatro elementos copulativos constitutivos de este delito: i. El acceso carnal; ii. La cualidad de doncellez (esto era, ignorancia o inexperiencia sexual); iii. La víctima debía tener al menos doce y menos de dieciocho años, y iv. El engaño, el cual debía haber estado causalmente comprometido a la realización de la penetración.

Respecto al primer elemento, el acceso carnal, se suscitaron dudas en la doctrina y la jurisprudencia respecto de la naturaleza de la cópula sexual que daba origen al estupro, es decir, sólo la penetración vaginal, o bien, cualquier tipo de penetración por orificio de la víctima. Sobre este particular, autores como Del Río y Labatut¹⁰ señalaron que respecto al estupro se limitó su aplicación, dadas las concepciones propias de la moral tradicional, en miras al parcial amparo de lo que se conocía como el correcto o adecuado orden de las familias, por ende, la víctima debía ser mujer, única susceptible de una penetración de tipo vaginal, con posibilidades de gestación. Las demás hipótesis de afectación directa de la libertad sexual, cualquiera fuera su magnitud, entidad o consecuencias, debían ser consideradas como delitos de abusos deshonestos, gracias al carácter residual de este delito, por ejemplo, los casos de penetración anal de una mujer y las hipótesis de “felatio in ore” (penetración bucal de un hombre o de una mujer).¹¹

Por otro lado, autores como Etcheberry, señalaban que el acceso carnal consistía en la penetración del miembro viril en orificio natural de la víctima, en forma de representar la cópula normal o un equivalente de la misma.¹² Por cierto, este último concepto “equivalente”, daba a entender que no se exigía necesariamente, según su parecer, una penetración de tipo vaginal, para configurar el delito de estupro.

⁹ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. 2004. Delitos sexuales. Estudio esquemático de las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 y 19.927. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile. 14p.

¹⁰ VARGAS, G. Op. Cit. 9p.

¹¹ GARRIDO, M. Op. Cit. 271-272p.

¹² ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 65p.

Así también, podemos mencionar que en la historia de la ley N° 19.617, se señalaba que antes de la reforma, el término “yacer” era sinónimo de coito, de acceso carnal, de penetración sexual, en términos de que se yacía con una mujer cuando el pene penetraba en la vagina, o dicho de otro modo, cuando el sexo femenino era invadido por el sexo masculino, sin que se requiriera ni la penetración completa del órgano viril, ni la ruptura del himen, ni la eyaculación. Luego, con el nuevo delito incorporado a nuestro sistema penal, debía entenderse que el centro de gravedad del estupro se basaba en el acto de yacer, entendido éste no ya como el coito vaginal heterosexual, sino en el sentido que se le ha dado en el artículo 361, esto es, de penetración sexual por cualquier medio, sea vaginal, anal o bucal.¹³

a.3) Engaño

En lo relativo al engaño, constituía una de las condiciones de existencia del delito de estupro. La jurisprudencia, señalaba, que no bastaba que los antecedentes suministraran indicios de haberse consumado el acto, sino que debía probarse que la ofendida era doncella y que este acto se ejecutó interviniendo engaño.

El engaño consistía en inducir a la mujer a formarse una falsa representación de la realidad, entendiendo el error como hacer creer a una persona lo que no es, u obrar con ella de mala fe, haciéndole promesas sin intención de cumplirlas, y entre ese error y el acceso carnal, debía existir una relación de causa a efecto. El engaño podía recaer sobre la naturaleza del acto sexual, la licitud del mismo, la identidad de la otra persona o sobre los verdaderos propósitos del otro.¹⁴

Una situación que siempre se discutió era la del sujeto que lograba obtener el consentimiento de la doncella prometiéndole casarse con ella. La doctrina tradicionalmente había entendido que la promesa de matrimonio no cumplida constituiría el engaño necesario de este delito, para Labatut, era una forma de engaño típica y frecuente¹⁵, pero para otros autores como Garrido Montt¹⁶ era un error considerarlo de esta forma, ya que las

¹³ Historia de la Ley N° 19.617. 1999. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación. Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁴ VARGAS, G. Op. Cit. 10p.

¹⁵ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. Op. Cit. 14p.

¹⁶ GARRIDO, M. Op. Cit. 313p.

acciones debían referirse a hechos presentes, como la naturaleza e implicancias del acto o los efectos que de ello derivan, no podían extenderse en modo alguno a lo futuro, ya que no se podía provocar una falsa representación de algo que no ha acaecido. Así también lo estimaba Etcheberry¹⁷, quien argumentaba que la promesa de matrimonio no cumplida era una forma de seducción y no constituía engaño, ya que el engaño suponía que la víctima se formara una falsa representación de la realidad, lo que significaba que el engaño debía recaer sobre hechos presentes o pasados, no futuros.

De igual manera, debemos mencionar que la Comisión Mixta en un inicio, consideró la “seducción culpable” como elemento del tipo, entendiéndola como aquellos engaños que la ofendida, por su edad u otras circunstancias, no ha podido comprender para evitar el peligro que la amenazaba. Dada la vaguedad del concepto, según la Comisión, se decidió reemplazarlo por el “engaño”, por su contenido más preciso y conocido.¹⁸

a.4) Edad de la víctima

Como ya mencionáramos, respecto a la edad, la víctima debía ser mayor de doce, pero menor de dieciocho años, exigencia típica que es coherente con el medio de ataque empleado por el agente, esto es, el engaño. No parece razonable que una mujer mayor de dieciocho años pueda ser engañada en lo relativo a la naturaleza y efectos del acto sexual. Por su parte, la cópula sexual con un menor de doce años configuraba siempre el delito de violación.

a.5) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido era el honor sexual, de acuerdo con los principios vigentes, y la voluntad sexual, por cuanto ésta se encontraría viciada por el engaño.¹⁹

Por otro lado, para Garrido Montt, el estupro sancionaba a quien se aprovechaba de una situación de prevalencia para forzar a una persona menor de edad a consentir en la realización de un acto sexual, como asimismo a quien obtenía el acceso carnal mediante

¹⁷ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. Op. Cit. 14-15pp.

¹⁸ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 66-67pp.

¹⁹ VARGAS, G. Op. Cit. 8p.

engaño. Dado que este delito tenía una menor sanción penal, para el autor esto radicaba en que en estos casos se había obrado de forma consentida, pero las condiciones que acompañaban a su realización, aprovechadas o creadas por el autor, constituían en esencia un vicio que alteraba la formación libre del consentimiento prestado, situación que permitía la consumación del acto, por ende, la configuración del delito.²⁰

b) Abuso Sexual

b.1) Abusos deshonestos

Ahora bien, respecto al delito de abuso sexual, debemos especificar que antes de las modificaciones introducidas por las leyes referidas, estaba tipificado en el Código Penal el delito de abusos deshonestos, bajo una estructura típica extremadamente vaga e imprecisa: *“el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo.”* Una de las pocas certezas que se tenían respecto de esta descripción era que no abarcaba las conductas de penetración, sólo reservadas para el delito de violación y estupro. Tradicionalmente, se estimó que el delito de abusos deshonestos podía o no estudiarse como parte del sistema de los delitos sexuales consagrados en nuestro Código Penal, justamente por encontrarse en el límite entre aquellos que pretenden proteger y reforzar la protección de la libertad sexual de las personas, y aquellos cuyo objeto es el resguardo de la honestidad y las buenas costumbres.²¹

El artículo 366, previo a las modificaciones de la ley N° 19.617, prescribía que *“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de dieciocho años la persona de quien se abusa.”* La ley 19.221 modificó el “menor de veinte” por dieciocho.

Es precisamente esta voz, abusos deshonestos, el origen del delito de abuso sexual en nuestro ordenamiento jurídico. Etcheberry cuestionaba la construcción de este tipo penal, precisamente por las serias dificultades de interpretación que presentaba.

²⁰ GARRIDO, M. Op. Cit. 303p.

²¹ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. Op. Cit. 19p.

Para algunos autores, como Del Río²² y Cousiño²³ el abuso deshonesto constituía todo “mal uso” o uso indebido de la actividad sexual, lo que incluía las principales perversiones sexuales.

Para Etcheberry²⁴, en cambio, este concepto no podía ser tan amplio, pues conceptos como la necrofilia o la masturbación podían quedar incluidos, cuestiones que para el autor, constituían ejercicios anormales de la actividad sexual. Por esto, consideraba que el concepto de Labatut²⁵ era más completo, señalando que el delito estaba constituido por un atentado al pudor que se realizaba “mediante actos lascivos no consentidos que no configuren otro delito específico”. Siguiendo a Etcheberry, si existió acceso carnal, normal o anormal, nos encontrábamos ante el delito de violación, por ende, el abuso deshonesto debía ser menos que eso, actos de significación sexual que ofendieran la honestidad o el pudor de la víctima.

Así mismo lo señalaba Soler²⁶, quien describía al abuso deshonesto como “acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona”. No bastarían, en su concepto, los actos deshonestos realizados sobre sí mismo o un tercero en presencia de la víctima, ni las simples palabras, ni la contemplación de la víctima.²⁷

Etcheberry menciona que los autores Anton y Rodríguez²⁸, siguiendo a la doctrina alemana, colocaban la esencia de estos actos en el propósito libidinoso del autor, y así resolvían, la relevancia penal de un beso o de un reconocimiento médico, que serían lícitos o delictivos según el propósito del hechor, pero para él esto era inaceptable dentro de nuestro sistema penal, ya que no existía ninguna exigencia legal desde el punto de vista subjetivo del propósito del autor, solo se exigía que el acto fuera objetivamente deshonesto. Bastaba en este delito, el dolo propio de toda infracción penal: la conciencia, por parte del agente, de la idoneidad de su acto para ofender la honestidad de la víctima.²⁹

b.1.1) Conducta típica

²² DEL RÍO, R. Op. Cit. 320p.

²³ COUSIÑO, L. 1974. Manual de Medicina Legal, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 191p.

²⁴ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 70p.

²⁵ LABATUT, G. Op. Cit. 235p.

²⁶ SOLER, S. 1992. Derecho Penal Argentino, Cuarta Edición, Tomo III. Buenos Aires, Argentina. 330p.

²⁷ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 69p

²⁸ ANTON, J. y RODRÍGUEZ, J. 1949. Derecho Penal, Tomo II. Madrid, España. 265p.

²⁹ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 69-70pp.

Para Etcheberry, el abuso deshonesto consistía en realizar sobre otra persona actos que no llegaran al acceso carnal ni fueran encaminados a él, objetivamente aptos para ofender la honestidad o pudor de la otra persona, y que no fueran libremente consentidos por ésta, sin tener que atender a la finalidad del hechor. El dolo debía limitarse al abuso deshonesto, ya que, si los actos iban encaminados a la cópula, constituirían tentativa de violación. Así, los actos podían realizarse mediante violencia, sorpresa, engaño o intimidación, o aun mediando el consentimiento de la víctima, cuando éste era irrelevante para la ley. Aquí quedan situadas las violaciones de mujer por mujer, la cópula hombre-mujer forzada por esta última (normal o anormal), los tocamientos impúdicos, el ejercicio forzado de la actividad sexual de la víctima, sea consigo misma, sea con animales, con cadáveres, con cosas, con el propio autor del delito, etc. Para quienes hacían radicar la violación sólo en la cópula normal, quedarían también incluidas aquí las cópulas anormales forzadas por un hombre sobre una mujer.³⁰

Como podemos ver, era bastante difuso el alcance de la conducta típica que constituía el delito de abusos deshonestos, pero esta discusión no solo ocurrió en nuestro sistema penal, al respecto, refiriéndose al proyecto del Código Penal Español, Carmona³¹ señalaba la permanencia de la problemática planteada por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la interpretación de la expresión “abusar deshonestamente”, no solo en cuanto a la verificación de su contenido y alcance, sino que la cuestión, a su parecer, era determinar si el contacto corporal entre víctima y victimario, era o no requisito imprescindible para integrar la conducta típica en este delito.

La jurisprudencia³², a su vez, señaló sobre este punto que *“los hechos sintetizados en la sentencia, satisfacen sin duda, las exigencias de la violación impropia, con arreglo a la redacción actual del art. 362. Sin embargo, el recurrente estima que los hechos deben enmarcarse dentro del tipo de abusos deshonestos contemplado en el art. 366 bis, debido a que no puede constituir una violación pues faltaría el ‘acceso carnal’, donde el acercamiento del pene a los labios mayores vulvares de la menor, no pertenecen a la vagina”*.

³⁰ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 68-70pp.

³¹ CARMONA, C. La Normativa de los Abusos Deshonestos en el Proyecto de Código Penal Español. 2p.

³² Sentencia de la Corte Suprema, 20 de junio de 2005. Revista de Derecho y Jurisprudencia (1).

b.1.2) Sujetos

Ahora bien, respecto a los sujetos de este tipo penal, sujeto activo del delito podía ser cualquier persona, fuera de uno u otro sexo. La determinación del sujeto pasivo provocaba dificultades interpretativas, por la defectuosa redacción del texto legal, que se tornó aún más confuso luego de la modificación introducida por la ley N° 19.221, donde se pasó de la edad límite de veinte a dieciocho años. Lo confuso, es que se señalaba que sería circunstancia agravante cualquiera de las hipótesis comprendidas en el delito de violación (art. 361), una de las cuales era que la víctima fuera menor de doce años, ¿Cómo podía ser agravante del abuso de un mayor de doce años que la víctima fuera menor de doce años? Es por esto, que para Etcheberry, este era “un delito con pluralidad de hipótesis, en la siguiente forma:

- Se penaban los abusos deshonestos cometidos sobre persona de uno u otro sexo, si la víctima tenía entre doce y dieciocho años de edad, siempre que no interviniera fuerza o intimidación, ni la víctima estuviera privada de razón o sentido por cualquier causa (forma simple).

- Se penaban los abusos deshonestos cometidos en persona menor de doce años, aunque no hubiera fuerza ni intimidación, ni estuviera privada de razón o sentido; en este caso el delito se consideraba revestido de una circunstancia agravante; y

- Se penaban los abusos deshonestos cometidos sobre persona mayor de doce años y sin límite superior de edad, siempre que se usara de fuerza o intimidación o la víctima estuviera privada de razón o sentido por cualquier causa; también se consideraba en este caso la concurrencia de una agravante.”³³

Al respecto, Rodríguez y Solari³⁴ comentaron una decisión judicial, a su parecer inconveniente, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua³⁵, donde se reabrió el debate en torno a la complejidad de la figura delictiva de abusos deshonestos. La secuencia del proceso que comentaron puede resumirse conforme al siguiente esquema:

³³ ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 70-71pp.

³⁴ RODRÍGUEZ, L. y SOLARI, T. 1979. A propósito de un fallo sobre Abusos Deshonestos. 301p.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema, casación en el fondo, de octubre de 1979, en la causa contra Clemente Vidal, publicada en el Boletín del Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Valparaíso, N° 77, noviembre- diciembre de 1979. 11p.

a) El Tercer Juzgado del Crimen de Rancagua condenó al reo C.N.V. como autor del delito de abusos deshonestos perpetrado en la persona de una hija que, aunque tenía cumplidos veinte años de edad, se encontraba privada de razón a la época de cometerse el abuso.

b) La Corte de Apelaciones de Rancagua revocó el fallo, absolviendo en definitiva al reo, por considerar que el delito de abusos deshonestos no se configura si la víctima es mayor de veinte años.

c) La Corte Suprema, por su parte, acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fiscal del Tribunal de Alzada, y condenó al reo en términos similares a los que contiene el fallo de primera instancia.

El proceso en estudio incidió en dos cuestiones que habían sido objeto de amplia discusión en la doctrina: por una parte, la cuestión de si el art. 366 contemplaba una sola o dos figuras delictivas paralelas, y, por otra, el problema de la edad como elemento del tipo de abusos deshonestos. En concepto de los autores, existían sobradas razones para sostener que el art. 366 contemplaba dos figuras delictivas paralelas; una simple y una calificada.³⁶

Por su parte, Labatut³⁷ también indicaba que el artículo 366 comprendía dos figuras delictivas: el simple abuso que sólo puede cometerse contra persona mayor de doce años y menor de veinte, y el abuso deshonesto violento, cuando concurre alguno de los elementos integrantes de la violación, en persona de cualquier edad, llegando a agregar que el abuso deshonesto, en su modalidad violenta, era un complemento de la violación, y en su forma simple, un complemento del estupro.

Siguiendo el fallo antes mencionado, la Corte Suprema declaró no ha lugar al recurso de casación en el fondo, indicando en su considerando "4º: *Que no es esencial de este delito la edad entre 12 y 20 años que la ley indica a continuación; por cuanto el mismo precepto considera circunstancia agravante cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa, agregando expresamente: aun cuando sea mayor de 20 años la persona de quien se abusa*"; y agregando en el considerando 5º: *"Que, también se comete el delito de abusos deshonestos contra menor de 12 años conforme al mismo artículo al darle carácter de agravantes a las circunstancias del 361, cuyo N° 3 dice: cuando la víctima sea menor de 12 años cumplidos;*

³⁶ RODRÍGUEZ, L. y SOLARI, T. Op. Cit. 302-303pp.

³⁷ LABATUT, G. Op. Cit. 240p.

de modo que no desaparece el delito por ser menor de 12 años la ofendida, sino que es más grave".

En consecuencia, Rodríguez y Solari, señalan que este delito establecía que: a) El abuso deshonesto en persona menor de doce años era siempre calificado. b) El abuso deshonesto en persona mayor de veinte años solamente se penaba si era calificado (por fuerza, intimidación o privación de razón o sentido), en caso contrario no se castigaba. c) El abuso deshonesto en persona mayor de doce años y menor de veinte años era simple o calificado, según existiera o no empleo de fuerza, intimidación o privación de razón o de sentido.³⁸

b.1.3) Bien jurídico protegido

Respecto a los bienes jurídicos protegidos por este tipo penal, debemos mencionar que a la época de entrada en vigencia del Código Penal, el legislador estableció que la moralidad pública y la honestidad eran los bienes jurídicos a proteger en el delito de abusos deshonestos. Sin embargo, con el tiempo, los valores de la sociedad mutaron, lo que se tradujo en la instauración de un nuevo bien jurídico protegido, se reemplazó la protección de la moralidad pública y la honestidad, por la protección de la libertad sexual. Por ello, se tornó necesario reformular la estructura de este tipo penal.³⁹

La ubicación sistemática del delito de abusos deshonestos se ubicaba después de las disposiciones acerca del estupro, incesto y sodomía. Por esto, se entendía que su contenido era distinto al de esos tipos penales, más aún considerando que al tratarse de un abuso, es un atentado a la voluntad de la víctima. En consecuencia, el bien jurídico que se intentaba proteger era la libertad sexual.⁴⁰

b.1.4) Reformas implementadas por las Leyes N° 19.617 y 19.927

Dada la dificultad en la interpretación del tipo de abusos deshonestos, su redacción incompleta y la falta de unanimidad en los criterios, es que la ley N° 19.617 modificó

³⁸ RODRÍGUEZ, L. y SOLARI, T. Op. Cit. 309p.

³⁹ SIERRA, I. Op. Cit. 11p.

⁴⁰ Ibid. 9p.

sustancialmente el artículo estableciendo que *“El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado: 1º Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. 2º Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad.”*

Finalmente, la ley N° 19.927 modificó este artículo estipulando 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.”*

2. Los delitos de estupro y abuso sexual en nuestro actual Código Penal.

a) Estupro

Como mencionamos anteriormente, la idea de la ley N° 19.617 era realizar ciertas modificaciones al delito de violación, pero el legislador consideró necesario realizar una reforma estructural a los delitos sexuales presentes en el Código Penal e incluso, con la posterior dictación de la ley N° 19.927, incorporar tipos que no estaban contemplados en una primera instancia.

De este manera, el **delito de estupro** quedó definido en el artículo 363 del Código Penal, estableciendo que *“Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de*

enajenación o trastorno. 2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. 3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. 4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.”

Del tipo objetivo recién descrito se desprende que la conducta prohibida en el delito de estupro, es idéntica a la de violación, se castiga a quien accede carnalmente a una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, la diferencia radica en las modalidades que acompañan su realización. El legislador consideró las circunstancias de prevalimiento y engaño, ya que ambas interfieren en la libertad de realización de la cópula sexual. Las tres primeras hipótesis del tipo se refieren al prevalimiento, mientras que la última se refiere al engaño.⁴¹

Por su lado, Winter señala, siguiendo las tesis dualistas, que el delito de estupro se trata de una persona que tiene capacidad de autonomía sexual, pero que a su vez exhibe un grado de vulnerabilidad sexual, por cuanto esta autonomía se encontraría aún en desarrollo. Por eso, la ley somete la autonomía sexual de esa persona a una protección intensificada que, entre otras cosas, se traduce en el reforzamiento jurídico penal de la prohibición del estupro.⁴²

Respecto a las modalidades comisivas del delito de estupro, encontramos cuatro, a saber: 1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. 2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. 3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. 4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Siguiendo a Winter, a partir de la redacción del artículo, es común a todas las modalidades comisivas, la existencia de un abuso que requiere una posición asimétrica

⁴¹ GARRIDO, M. Op. Cit. 305p.

⁴² WINTER, J. 2018. Delitos contra la Indemnidad Sexual. 3° ed. Santiago, Chile. DER Ediciones Limitada. 29p.

entre el autor y la víctima y, copulativamente, que el autor se aproveche de las ventajas de dicha posición asimétrica (favorable a él) para acceder carnalmente a la víctima.⁴³

a.1) Abuso de anomalía o perturbación mental, que no constituye enajenación

Esta enajenación mental no llega a ser total, pero sí afecta la capacidad para comprender la significación del acto sexual, tanto corporal, como reproductivamente. No basta el mero trastorno, se exige que se abuse de esta condición.⁴⁴

Según Garrido Montt, se trata de factores que alteran los procesos de conciencia y uso de la razón de la víctima, que inciden en la formación de su voluntad. Esta pérdida o disminución de las capacidades síquicas debe producirse en el momento de acceder a la ejecución del coito y además, concurriendo la circunstancia objetivamente, no se configura el delito si el victimario no abusa de ello.⁴⁵

Los trastornos a los que se refiere este numeral, no constituyen enajenación, ya que si así lo fuera, no se trataría del delito de estupro, sino uno de violación. Cualquier afección padecida por la víctima, distinta de las requeridas por el tipo del delito de violación (propia), de una entidad tal que pueda distorsionar la percepción de la persona que la padece, bastaría para que se vea satisfecha la modalidad comisiva en cuestión –en tanto se esté en presencia, por cierto, de un abuso de dicha afección por parte del victimario–.⁴⁶

a.2) Abuso de una relación de dependencia de la víctima

Esto se refiere a los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. La hipótesis del prevalimiento requiere que el victimario tome conciencia de su concurrencia y la utilice para el acceso. Se requiere el ánimo subjetivo de parte del autor, que ha de actuar siempre con abuso sobre la víctima.⁴⁷

⁴³ RODRÍGUEZ, L. 2016. Delitos sexuales. Reimpresión 2018. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 221p.

⁴⁴ LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO, Parte Especial. 2005. Por Sergio Politoff L. “et al”. 2° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 267p.

⁴⁵ GARRIDO, M. Op. Cit. 306-307pp.

⁴⁶ COX, J. 2003. Los abusos sexuales. Aproximación dogmática. Santiago, Chile. LexisNexis. 162p.

⁴⁷ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 267p.

Es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica, que no es la amenaza grave propia de la intimidación del artículo 361. Para Garrido Montt, el vínculo entre víctima y victimario debe ser funcional, ya que a una de las partes se le ha encomendado ciertas acciones que provocan una relación desigual entre ambos, a propósito de su propia autoridad, que deriva en obligaciones de respeto y obediencia.⁴⁸

La relación de dependencia es la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra en la que una de ellas se encuentra subordinada al poder que la otra tiene⁴⁹, en palabras de Rodríguez Collao “que haya una efectiva relación de dominio de una voluntad sobre otra, y que reste a la segunda libertad necesaria para expresarse y autodeterminarse en el ámbito de las conductas sexuales”.⁵⁰

Así también lo ha establecido la jurisprudencia⁵¹, señalando que *“para que se configure esta hipótesis de estupro, no basta la sola constatación objetiva de la situación de superioridad, es necesario que el autor abuse de la relación de dependencia, con el fin de lograr el sometimiento de la voluntad de la víctima para mantener relaciones sexuales”*.

a.3) Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima

La diferencia de este numeral con el segundo, es la transitoriedad de la dependencia, que origina el desamparo de la víctima frente a quien puede ampararla. Resulta evidente entonces que entre la víctima y el autor debe existir algún tipo de relación, por la situación que se da al abusar de ella y la amenaza latente de mantenerla en el desamparo.⁵²

Para Garrido Montt, la situación de desamparo considera un estado de situación de necesidad o carencia por parte de la víctima. Si esta circunstancia es de carácter económica, se configurará la causal, con la concesión u oferta de una suma de dinero por parte del agente y la víctima debe aceptar esta suma de dinero motivada por su situación de necesidad.⁵³

⁴⁸ GARRIDO, M. Op. Cit. 307-308pp.

⁴⁹ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. Op. Cit. 16p.

⁵⁰ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 177p.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 14 de octubre de 2008, RIT N° 39-2008.

⁵² POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 268p.

a.4) Engaño a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual

Por último, esta hipótesis supone la esencia de la figura antigua de estupro. La Comisión Mixta señaló que el delito de estupro gira en torno a la autodeterminación sexual, sancionando el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene madurez suficiente para apreciarla, siendo susceptible de ser engañada, ya sea por su ignorancia o inexperiencia. Esta causal sugiere que la víctima sexualmente inexperta se enfrenta a un individuo sexualmente experto, que tiene la capacidad de manipular su voluntad para llevarla a la interacción sexual descrita.⁵⁴

Como lo ha señalado la jurisprudencia⁵⁵: *“Se configura el delito de estupro, toda vez que el consentimiento fue prestado en condiciones que le restan validez, lo cual es precisamente elemento objetivo de este ilícito. Con el estupro se buscó describir una figura donde una persona menor sexualmente ignorante o inexperta se ve enfrentada con un individuo sexualmente experto, que por ello tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para conducirlo a una interacción sexual.”*

Ahora bien, no debemos confundir, en este delito se mantiene la minoridad de edad como requisito típico y se agrega el engaño o abuso en la obtención del consentimiento, que por lo mismo se considera viciado, pero no al punto suficiente para constiuir una violación. Podríamos decir que el estupro es un residual del delito de violación, sobre todo en relación a la intimidación, el abuso de la incapacidad de resistir de la víctima y la debilidad mental de la misma.

Según Winter, el engaño a que refiere el tipo ha sido entendido como “toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso y que sea capaz de inducir a error a una persona respecto de la trascendencia o significación de su consentimiento”.⁵⁶

El mismo autor señala que es importante dejar claro que, a diferencia de lo que se consideraba antiguamente, el engaño solo puede recaer sobre la naturaleza sexual del acto.

⁵³ GARRIDO, M. Op. Cit. 309-310p.

⁵⁴ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 268p.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema, 06 de noviembre de 2007, Rol N° 4692-2007.

⁵⁶ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 227p.

Otros engaños, como promesas que no pretenden ser cumplidas o la identidad del autor, no alcanzan a estar cubiertas por esta disposición.⁵⁷

Actualmente, el engaño, que fue relegado a una figura residual, posee una limitada aplicación, en palabras de Alfred Bonvallet⁵⁸, esta circunstancia “ya no representa un peligro social serio, dado el nivel de información que la ciudadanía y en particular los jóvenes, poseen sobre la sexualidad y su ejercicio, centrándose fundamentalmente, el reproche penal en la conducta de abusar de una posición de superioridad, dada la particular condición en que pueden encontrarse los adolescentes frente a personas experimentadas sexualmente”.

b) Abuso Sexual

Para este apartado, debemos mencionar que el abuso sexual en el Código Penal actual está tratado en varios artículos que comprenden los distintos elementos del tipo. Por ende, siguiendo a los profesores Matus, Ramírez y Politoff⁵⁹, podemos distinguir tres hipótesis sobre este delito, atendiendo a la sanción y la conducta tipificada, que se ha impuesto por el legislador, éstos son: los abusos sexuales propios o directos, abusos sexuales impropios o indirectos y abusos sexuales agravados.

Partiremos señalando que la conducta punible la encontramos en el artículo 366 *ter* del Código Penal, esto es “*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*” que no sea constitutivo de violación o estupro.

La significación sexual está dada por el ánimo libidinoso, al igual que en el antiguo delito de abusos deshonestos. Según la Comisión Mixta cualquier acto de significación sexual queda entregado al desarrollo jurisprudencial de lo que se ha de entender como tal, reduciéndose el alcance a tocamientos o palpaciones del cuerpo de la víctima realizados con ánimo libidinoso.⁶⁰

⁵⁷ WINTER, J. Op. Cit. 33p.

⁵⁸ ETCHEGARAY, N. y ARAYA, L. Op. Cit. 16p.

⁵⁹ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 249p.

Al respecto, la jurisprudencia⁶¹ ha señalado, a modo ejemplar, que *“atendido que el primer acercamiento de índole sexual en la especie humana habitualmente está dado por la acción de besar en la boca, lo que queda aún en mayor evidencia si se introduce la lengua en la cavidad bucal del otro, denotándose en dicha acción una intención clara de abordar más allá de la propia corporalidad, semejante al acto de penetración viril, el tribunal estima que dicha conducta tiene ‘significación sexual’, para efectos del artículo 366 ter del Código Penal”*.

Para Garrido Montt, el tipo de abuso sexual utiliza parámetros normativos que delimitan la conducta, referidos al carácter sexual del acto y a su relevancia o entidad, en tanto manifestación de la sexualidad.⁶²

Por su parte, Winter⁶³ señala que dada la definición antes señalada, se pueden extraer los siguientes elementos: el acto debe tener significación sexual, debe ser de relevancia, debe realizarse mediante contacto corporal con la víctima o afectar sus genitales, ano o boca, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

b.1) Abusos sexuales propios

El *abuso sexual propio o directo, en mayores de catorce años*, proviene directamente de la figura de abusos deshonestos que hemos comentado latamente en el numeral anterior. Este nuevo delito se consagró en el artículo 366 con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.927, estipulando 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.”*

⁶⁰ Ibid. 269p.

⁶¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de septiembre de 2008, Rol N° 866-2008.

⁶² GARRIDO, M. Op. Cit. 314p.

⁶³ WINTER, J. Op. Cit. 40p.

Las circunstancias mencionadas son aquellas tratadas a propósito del delito de violación, a saber: Cuando se usa de fuerza o intimidación, cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse, y cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Para Matus, Politoff y Ramírez, de acuerdo a la modificación de la ley N° 19.227, se debe realizar la conducta referida en el artículo 366 ter, previamente descrito, no distinguiendo para efectos de aplicar una pena diferenciada, la concurrencia de las circunstancias del delito de violación o estupro, ya que la sanción es la misma. Es por esto, que se infiere que se le resta importancia al medio comisivo y mayor lesividad que representa en uno y otro caso, poniendo acento en el aspecto inmaterial de la infracción, el atentado contra la libertad, restándole importancia a la seguridad e integridad personal, bienes jurídicos que también resultan vulnerados con esta clase de delitos. Sin embargo, esto no es una tendencia, ya que el artículo 365 bis sí contempla el delito agravado, como se analizará posteriormente.⁶⁴

El abuso sexual propio o directo, en menores de catorce años no estaba regulado antes de la ley N° 19.617, que lo incorpora al Código Penal, siendo modificado posteriormente por la ley N° 19.927, estableciendo en el artículo 366 bis, 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.”

En ambos casos, que solo atienden a una diferenciación en la edad de la víctima, la acción ejecutada requiere un contacto corporal directo con aquella, este elemento posibilita una delimitación de la conducta, ya que posee un fundamento objetivo. No constituiría abuso sexual, por ejemplo, obligar a un sujeto a desvestirse, aunque el objetivo de esta acción fuera para mera excitación del autor.⁶⁵

Asimismo, esta conducta acepta dos modalidades, en primer lugar, la intervención corporal directa del agente, contacto directo físico entre víctima y victimario, ya sea tocamientos, caricias, besos, pero también puede consistir en actos ejecutados que no

⁶⁴ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 270p.

⁶⁵ GARRIDO, M. Op. Cit. 316p.

impliquen contacto directo de pieles, por ejemplo, actos por sobre la vestimenta de la víctima. En segundo lugar, están aquellos actos que implican una afectación vaginal, anal o bucal, sin estar comprendidas en el párrafo anterior, estas conductas las describiremos a propósito de los abusos sexuales agravados, en la letra c).⁶⁶

b.2) Abusos sexuales impropios

Se tipificó también el delito de *abuso sexual impropio, para menores y mayores de catorce años*, estableciendo en el artículo 366 quáter “*El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico. También se sancionará con igual pena a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1o del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.*” La ley N° 19.927, modificó la edad de la víctima, pasando de doce a catorce años, además de realizar otras modificaciones, pero fue finalmente la ley N° 20.526, publicada en el diario oficial el 13 de agosto de 2011, la que determinó el cambio definitivo, estipulando que “*El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de catorce años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo. Quien realice*

⁶⁶ GARRIDO, M. Op. Cit. 317p.

alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1o del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores. Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.”

La conducta típica es la misma, pero la pena ya está agravada en el caso de tratarse de delitos que se cometen contra menores de catorce años.

b.3) Abusos sexuales agravados

El abuso sexual agravado o calificado no estaba regulado antes de las modificaciones que introdujo la ley 19.927, que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de enero de 2004, por lo tanto, se consignó en el artículo 365 bis, estipulando que “Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada: 1.- Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; 2.- Con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y 3.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.”

Para parte de la doctrina, los objetos a que se hace referencia, pueden ser miembros corporales diferentes al pene. Así también lo ha señalado la jurisprudencia⁶⁷, estableciendo que “el concepto objetos utilizado por esta norma, de acuerdo a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y a la historia fidedigna de la Ley 19.617, incluye los miembros corporales humanos distintos del órgano sexual masculino”

⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2008, Rol N° 2225-2008.

Pero a los autores Matus, Politoff y Ramírez, les parece que se trata de una interpretación extensiva que, por una parte, degrada la esencia del ser humano como sujeto, distinguible a todo nivel de las cosas del mundo; y otra, al incorporarse la introducción de objetos por la vía bucal, podría extender la incriminación con las graves penas que se proponen de hechos tan comunes en la vida diaria como la obtención de un beso forzado, por poner un ejemplo vinculado a la sexualidad. Debemos entender que los objetos a los que hace referencia la ley, no incluyen las partes y miembros del cuerpo, y deben introducirse efectivamente por alguna de las vías que menciona la ley, exclusivamente con un fin sexual, excluyendo por ejemplo, la toma de temperatura o la alimentación.⁶⁸

Ahora, volviendo al delito de abuso sexual en general, a grandes rasgos, podemos mencionar que la **acción** que requiere el tipo, para autores como Garrido Montt, es cualquier acto que afecte ano, boca o vagina de la víctima, aun cuando no haya habido contacto corporal directo con el cuerpo del victimario, materializados en la introducción o frotación de objetos en el cuerpo de la víctima, o utilizando animales en ello, no impediría en esta hipótesis que la misma víctima sea quien despliegue la acción, forzada por el victimario.⁶⁹

Respecto a los **sujetos** que intervienen en este tipo, englobando las diversas causales que hemos mencionado, para lograr identificar al sujeto pasivo, debemos distinguir entre el abuso sexual propio, donde debe ser una persona mayor de catorce años, mientras que, en el abuso sexual impropio, debe ser una persona menor de catorce años, además de las respectiva concurrencia de las circunstancias de estupro o violación, y de las particularidades propias del abuso sexual agravado del artículo 365 bis.⁷⁰ Mientras que, el sujeto activo de este tipo se configura indistintamente con un hombre o una mujer.

En cuanto al **bien jurídico protegido**, podemos adelantar que con la ley N° 19.617, se pretendía proteger la libertad de autodeterminación sexual, pero surgió la interrogante, ¿Qué entendemos por este concepto? Acorde a la opinión de la doctrina mayoritaria, es la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni

⁶⁸ POLITOFF, S. "et al". Op. Cit. 271-272pp.

⁶⁹ GARRIDO, M. Op. Cit. 317-318pp.

⁷⁰ SIERRA, I. Op. Cit. 30p.

abusado por otro. Rodríguez Collao difiere de este planteamiento y sostiene que “el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, o el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional– que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos.”⁷¹

Todas estas interrogantes y más, serán estudiadas con mayor profundidad y de manera crítica, en el siguiente capítulo.

⁷¹ Ibid. 33p.

CAPÍTULO II. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL.

1. Problemáticas comunes al delito de estupro y abuso sexual

a) Disposición y fundamentación de las normas en el Código Penal

Como analizamos en el capítulo anterior, los delitos de estupro y abuso sexual, se encuentran dentro del Título VII del Código Penal *“Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”*.

Dada la relevancia de los bienes jurídicos protegidos por estas figuras, así como, la gravedad y entidad de las conductas descritas por estos delitos, es que, a nuestro parecer, deberían estar dispuestos en un título exclusivo de nuestro Código Penal, bajo el título de *“Crímenes y Delitos contra la Indemnidad Sexual y la Libertad Sexual”*, o *“Crímenes y Delitos contra la Integridad Sexual”*, entendiendo que para el legislador el concepto de integridad sexual engloba los dos primeros. No tiene mucho sentido encontrar delitos como el aborto, el abandono de niños o delitos contra el estado civil de las personas, junto a los delitos de carácter sexual, puesto que se refieren a atentados contra derechos totalmente distintos.

De esta manera, debemos preguntarnos qué entendemos por “integridad sexual”, para la doctrina mayoritaria, se refiere al derecho del individuo a no sufrir detrimento en el plano de la sexualidad. Ella tiende a la protección de la víctima frente al daño psicológico y emocional que ésta puede experimentar a consecuencia del comportamiento sexual abusivo, tanto en forma coetánea a su realización, como en un momento posterior. En efecto, “alude a un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, su

escala de valores, en atención a su edad, desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. En estas circunstancias no es más que una parte del conjunto de condiciones que la doctrina suele englobar bajo el concepto de integridad personal o incolumidad personal, o por decirlo con otras palabras, alude a todo el cuadro de condiciones físicas, psíquicas y emocionales que forman parte de aquel concepto, pero referido a un aspecto concreto de la vida de relación, cual es el ejercicio de la actividad sexual”.⁷²

A nuestro parecer, mantener el delito de estupro y abuso sexual bajo el título de atentados contra el orden de las familias y la moralidad pública, es conservar criterios morales en su fundamentación, junto al pudor y las buenas costumbres, conceptos que nos parecen difusos, abstractos e inexactos y que, en general, dependen de una apreciación subjetiva respecto de actos que no necesariamente atentan contra un bien jurídico colectivo, y que están desprovistas del respeto a la dignidad de las personas, poniendo en riesgo los derechos y libertades que un Estado democrático debe proteger.⁷³ Mantener la estructura histórica de los delitos de estupro y abuso sexual y su disposición en el Código Penal, significa no reconocer la entidad y gravedad de los atentados de carácter sexual y las consecuencias físicas y psicológicas que sufre una persona violentada en el ámbito sexual, implica considerar que las agresiones sexuales no han evolucionado en los últimos veinte años y que lo que pretendíamos proteger en ese entonces merece un nuevo análisis, para lograr proteger de manera más eficaz los bienes jurídicos de indemnidad sexual y libertad sexual.

Si bien entendemos que los bienes protegidos actualmente encuentran su fundamentación en criterios jurídicos, y no morales, con mayor razón no se justifica su mantención bajo aquel título, por lo demás, algunos autores, aunque de forma minoritaria, como Rodríguez Collao⁷⁴, han señalado que para determinar el bien jurídico protegido en los delitos de significación sexual, se debe distinguir según se trate de delitos orientados a

⁷² RODRÍGUEZ, L. 2001. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 127p.

⁷³ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Los delitos de abuso sexual: Análisis de los tipos penales y aspectos criminológicos. 5p.

⁷⁴ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 130p.

la protección de intereses individuales (violación, estupro y abuso sexual) o delitos encaminados a la protección de intereses sociales (incesto, sodomía, figuras relativas a la prostitución, producción de material pornográfico y ultrajes públicos a las buenas costumbres). Otros autores, como Mañalich⁷⁵, se refieren a la teoría dualista, con la contraposición de los bienes de indemnidad sexual y libertad sexual, pero nos detendremos con mayor rigurosidad sobre la discusión de los bienes jurídicos protegidos por estos delitos, más adelante en este capítulo.

Respecto a la disposición de las normas y su redacción en legislación comparada, parece ser que los países distinguen entre aquellos delitos que atentan contra la libertad sexual, por una parte, y la indemnidad sexual, por otra, entre ellos, encontramos al Código Penal Español⁷⁶, que bajo el Título VIII denominado “*Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*”, distingue los delitos sexuales en cuanto a tipo, comenzando con las agresiones sexuales en los artículos 178, 179 y 180, siguiendo con los abusos sexuales en los artículos 181, 182 y 183, finalizando con el acoso sexual en el artículo 184.

A su vez, el Código Penal Argentino⁷⁷, bajo el título de “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, distingue en cuanto a gravedad, las figuras que hemos mencionado, comenzando con el abuso sexual, en el artículo 119, distinguiendo distintas formas comisivas, siendo la más grave de éstas, el acceso carnal por cualquier vía. Luego, el artículo 120 señala otras circunstancias como el aprovechamiento de la inmadurez sexual o relación de preeminencia con la víctima, entre otras.

De lo anterior, podemos evidenciar que la estructuración y disposición de las normas en el Código Penal es muy relevante, ya que ayuda a una mejor comprensión de los atentados de carácter sexual, en su conjunto, en cuanto a gravedad, tipo de conducta, bien jurídico que pretendemos proteger, caracterización de la víctima, y otras variables, no solo para la doctrina que se encarga de estudiar estas materias, sino para el Juez, que debe apreciar y juzgar los casos, uno a uno.

⁷⁵ MAÑALICH, J. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho Penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista Ius Et Praxis 20 (2): 21-70.

⁷⁶ ESPAÑA. 2010. Código Penal de España. Reformado por DF Séptima de la LO 5/2010.

⁷⁷ ARGENTINA. 1984. Código Penal de la Nación Argentina. T.O. actualizado. Ley 11.179.

Consideramos que nuestro Código Penal trata los delitos sexuales de manera poco sistemática y ordenada, produciendo confusión, además de requerir en varias ocasiones que la Jurisprudencia complete el contenido de ellas, lo cual genera incerteza jurídica respecto del verdadero alcance de los delitos, sin mencionar que muchos casos no alcanzan a estar contemplados por la norma, generando conductas atípicas y vacíos legales.

La legitimidad del Derecho Penal está condicionada a diversas exigencias que exceden de lo meramente legal y que se relacionan con el respeto a la dignidad de las personas, la exclusión de un Derecho penal moralizador, la proporcionalidad de la pena, entre otras ideas matrices. En el caso de los delitos de carácter sexual, en especial el principio de taxatividad, es cuestionado, lo que impide tener certeza sobre la extensión del poder punitivo en este ámbito, por lo que es necesaria una revisión sistemática de estos delitos, con el objeto de precisar su contenido y aplicabilidad en conductas que originalmente no fueron estimadas por el legislador, especialmente debido a los avances tecnológicos que han configurado nuevas modalidades de relaciones entre personas.⁷⁸

2. Análisis crítico en torno al delito de estupro.

a) Sujeto activo y el acceso carnal

La estructura típica del delito de estupro está conformada por la misma acción que en el delito de violación, como el tipo objetivo describe, el acceso carnal vía vaginal, anal o bucal. Si bien el tipo no distingue quién puede realizar esta acción, y tal como analizamos en el capítulo anterior, el acceso carnal consiste en la penetración del miembro viril por alguna de las vías mencionadas, parte de la doctrina, como Garrido Montt, señala que el sujeto activo del delito de estupro puede ser indistintamente un hombre o una mujer, pero lo cierto es que el acceso carnal, como lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, solo podría ser realizado por un hombre.

⁷⁸ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Op. Cit. 20p.

Debido a lo anterior, surge la siguiente problemática contemporánea: ¿Puede una persona que no sea de sexo biológico masculino cometer el acceso carnal que exige el tipo? La doctrina mayoritaria considera que solo un varón puede ser sujeto activo de la violación, mientras que la minoritaria considera que es indiferente el sexo de quien realice la acción.⁷⁹

La jurisprudencia está conteste en señalar que el sujeto activo en el acto de acceder carnalmente, solo puede ser el hombre: *“En la especie toma relevancia la norma contenida en el inciso segundo del artículo precitado, respecto de la **superioridad de sexo**, pues tal circunstancia es de tal manera inherente al delito de violación (sujeto activo un hombre y sujeto pasivo una mujer) que sin su concurrencia no podría cometerse. En tanto que la superioridad de fuerzas se encuentra descrita en los hechos concretos que se dieron por establecidos, como se desprende de la mera lectura del considerando noveno del fallo impugnado.”*⁸⁰

Dentro de la doctrina minoritaria, encontramos a Garrido Montt, quien señala que la voluntad de la ley penal margina toda posibilidad de distinguir el sexo del sujeto activo, ya que no limita la acción a la penetración del miembro viril mediante una conducta activa del varón, sino que la extiende a una mujer que introduce ella misma el órgano a su vagina, ano o boca. El autor considera que el legislador no se refiere en ningún punto al varón, ya que fue cuidadoso de incluir otro tipo de conductas en la estructura típica y recurre a una forma impersonal que no diferencia el género.⁸¹

El mismo autor sostiene que “acceder carnalmente” tiene relación con los órganos “biológicamente destinados al orgasmo”, los cuales existen en la anatomía de las mujeres, de modo que ellas también pueden ser autoras del delito de violación.⁸² Sin duda esta explicación resulta un tanto extraña y, a nuestro parecer, no constituye un fundamento sólido para considerar a la mujer como potencial sujeto activo del delito de estupro.

⁷⁹ WINTER, J. Op. Cit. 19-20pp.

⁸⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de abril de 2014, Rol N° 156-2014.

⁸¹ GARRIDO, M. Op. Cit. 273-276pp.

⁸² Ibid. 352p.

Por su parte, Carrasco⁸³, propone la idea de la “violación inversa”, esto se refiere a que donde existe una penetración, la persona accedida carnalmente se constituye como autora del delito y la persona a la que accede es la víctima. Para el autor existen ciertas conductas que constituyen una zona gris y que responden al concepto de "violación inversa", siendo ésta tanto la relación sexual que la mujer obtiene del hombre, por cualquiera de las formas descritas en las hipótesis del artículo 361, como cuando de quien se obtiene la cópula es un menor de 14 años. Para el autor, estas conductas ya habían sido advertidas por Carnevali⁸⁴ como huérfanas de tipo, a la luz de la consideración argumental del hombre como único sujeto activo del delito de violación, además también se encuentra en dicha zona gris la conducta del varón que obliga a otro hombre a que lo accedan, u obtiene tal acceso por las hipótesis del N° 2° y 3° del artículo 361.

Siguiendo a este autor, él estima que la línea argumental de quienes desestiman a la mujer como sujeto activo, manifiesta contradicciones, al considerar las conductas de la "violación inversa" como abuso sexual. En primer lugar, estas conductas importan penetración y, el abuso sexual, excluye por su sola naturaleza típica a aquella, salvo si se sigue la tesis de Rodríguez Collao⁸⁵, en cuanto a afirmar que lo que el abuso sexual excluye no es el acceso carnal "sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro y violación". Sin embargo, el mismo artículo 366 y 366 bis, para describir la conducta del abuso sexual castiga a quien "abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal", no señalando que lo que se castiga es una acción sexual distinta del acceso carnal que constituye violación o estupro. La ley habla simple y llanamente de una acción distinta del acceso carnal, con lo cual la tesis de Rodríguez Collao, constituiría una interpretación artificiosa.⁸⁶

Según Carrasco⁸⁷, existirían tres conductas no cubiertas por la ley: la mujer que tiene relaciones sexuales con un hombre o con un menor de 14 años, en alguna de las hipótesis del artículo 361, y el hombre que con cualquiera de las circunstancias del artículo 361, se

⁸³ CARRASCO, E. 2007. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales. Revista *Ius et Praxis* 13(2): 137-155.

⁸⁴ CARNEVALI, R. 2001. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. *Gaceta Jurídica* N° 250. 17p.

⁸⁵ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 205p.

⁸⁶ CARRASCO, E. Op. Cit. 151p.

⁸⁷ *Ibid.*

hace acceder por otro hombre. Éstas, sin duda, constituyen conductas atentatorias contra los bienes jurídicos comprometidos en los delitos sexuales, cuya omisión significa desprotección de dichos bienes. Para el autor, los grados de afectación son distintos en unos y otros casos, considerándolos de mayor a menor gravedad, de esta forma: a) La del varón de 14 años que tiene relaciones sexuales con una mujer de edad de mayor diferencia que la que señala el artículo 4º de la Ley 20.084; b) La figura del hombre que en cualquier de las circunstancias del artículo 361 se hace acceder; c) La mujer que es sujeto activo en las relaciones sexuales con un hombre en alguna de las circunstancias del 361.

Otro autor que defiende esta postura minoritaria es Carnevali⁸⁸, quien a interpretación de Winter, señala que él ha sostenido que, atendida la formulación de los artículos 366 y 366 bis del Código Penal, si uno pensase en un caso en el que un varón menor de catorce años es forzado a introducir su pene en alguna de las cavidades de una mujer, señaladas en los artículos 361 y 362 del Código Penal, no sería punible a título de abuso sexual en virtud de los artículos 366 ni 366 bis, y si no puede interpretarse dicho comportamiento como constitutivo de un delito de violación, con una mujer como sujeto activo, entonces se trataría de una conducta atípica.⁸⁹

En los casos que señalan estos autores, nos encontramos frente a conductas que no están tipificadas, por ende, o son sancionadas a título de otros delitos, con una inferior pena, o quedan fuera del marco legal, sin sanción alguna. Recordemos que en Derecho Penal, la analogía está prohibida, entendida ésta, según el aforismo romano “en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”. La analogía supone aplicar la ley a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir. Ésta se encuentra prohibida, en virtud del principio “nulla poena”, como instrumento destinado a crear delitos o agravar penas.⁹⁰ Por ende, el Juez no podría extender la interpretación de la norma a una “conducta similar”.

En Derecho Comparado, Orts Berenguer, refiriéndose al Código Penal Español, estima que sujeto activo puede serlo indistintamente un hombre o una mujer, ya que,

⁸⁸ CARNEVALI, R. Op. Cit. 16p.

⁸⁹ WINTER, J. Op. Cit. 20p.

⁹⁰ CURY, E. 1982. Derecho Penal. Parte General. 9º ed. Santiago, Chile. Ediciones UC. 201p.

“acceso carnal” equivale a realizar el coito y no a penetrar sexualmente a otro. “En consecuencia manifiesta el autor ‘Si tanto el hombre como la mujer son aptos para realizar el coito, tanto el hombre como la mujer pueden ser autores del delito de estupro’. El autor señala que la ley al tipificar el delito no distingue, pues se refiere a ‘el que tuviere acceso carnal...’, siendo indiferente que quien provoca la introducción del órgano del varón sea el mismo, otro hombre o una mujer.”⁹¹

Así también lo postulan Allende y Varela, para quienes la expresión “acceder carnalmente”, si bien implica la introducción del pene en la vagina, ano o boca de una persona, esto no determina quién debe realizar la acción, sino que este verbo describe cuándo debe entenderse realizado un acto sexual que constituye el delito de violación, esto es, cuando se produce la introducción del miembro viril en alguna de las cavidades determinadas por la norma en contra de la voluntad de alguno de los participantes. Es así que, lo que configura realmente el delito es la falta de voluntad de la víctima para participar en una relación sexual, siendo el hecho del delito, aquel que involucra a otra persona en una relación sexual sin su consentimiento, y no aquel que penetra a otro.⁹²

Así también, agregan las autoras, que la interpretación sistemática permite confirmar el criterio señalado en la Ley N° 19.617, que no sólo utilizó la voz “acceder carnalmente” en los delitos de violación y estupro, sino que también refiriéndose a la sodomía. La reforma reemplazó el primitivo texto del artículo 365, empleando la expresión “accediere carnalmente” con la finalidad de ampliar su sentido, de manera de abarcar los comportamientos entre dos mujeres, además de entre dos varones. Esta es la única razón lógica que permite entender el cambio realizado por el legislador en este ámbito.

Para las autoras citadas, la postura que afirma que el hombre es el único sujeto activo de la violación, sostenida por la mayoría de la doctrina nacional, implica condicionar la posición de víctima del delito al sexo del sujeto activo, lo que produce una discriminación arbitraria y una desprotección de los bienes jurídicos objeto del ilícito, respecto de los varones. Esto queda expuesto al comparar la protección de la mujer con la

⁹¹ VARGAS, G. Op. Cit. 52p.

⁹² ALLENDE, C. y VARELA, M. 2012. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 42-43pp.

del hombre, considerándola víctima de violación ante cualquier acceso carnal no consentido, a diferencia de los varones, quienes sólo son protegidos respecto de relaciones sexuales no consentidas cuyo sujeto activo es un hombre, lo que implica una discriminación por causa de sexo, lo que atenta con el derecho de igualdad ante la ley.⁹³

Por último, dada la contemporaneidad de la discusión, y abarcando un ámbito relativamente nuevo, como lo es la intersexualidad, es que Mañalich⁹⁴ ha postulado que, sin duda, pensando en esta hipótesis, es que una mujer puede exhibir el carácter de faloportadora, por ende, está en posición de acceder carnalmente vía vaginal, anal o bucal.⁹⁵ Esta interpretación conlleva variadas consecuencias, ya que, en primer lugar, al no distinguir la norma respecto a quien puede cometer el delito de estupro, es la doctrina y jurisprudencia quienes discutirán su alcance, en una problemática tan actual como lo es la discusión en torno al género, cuando éste no se condice con el sexo biológico de la persona. Si bien la doctrina mayoritaria reconoce que el sujeto pasivo del delito de estupro puede ser indistintamente un hombre o una mujer, en cuanto al sujeto activo, la mayoría estima que solo puede ser un varón, o persona de sexo masculino, por tanto, se presentaría una problemática en el caso de una mujer, genéricamente hablando, que sea faloportadora. Creemos sin duda, que es el tipo el que debe solucionar esta disyuntiva y no debe dejarse a la libre interpretación de la doctrina o jueces, que deban revisar el caso a caso.

b) Bien jurídico protegido y la autodeterminación sexual de los menores de edad

Respecto al bien jurídico protegido, como mencionamos en el capítulo anterior, el origen del delito de estupro encontraba su base en la protección de la “doncella”, de su honestidad y la moralidad pública, la protección de la adolescente cuyo consentimiento sexual había sido obtenido con engaño. Con las modificaciones realizadas a este tipo penal, se abandonó esta idea, pasando a ser, según la doctrina mayoritaria, la indemnidad sexual, el bien jurídico protegido, donde si bien existe consentimiento en el acto, éste se encuentra viciado, por haber sido obtenido bajo alguna de las formas comisivas que señala el artículo 363. Ahora bien, si en un primer momento podemos aseverar lo anterior, en un análisis más

⁹³ ALLENDE, C. y VARELA, M. Op. Cit. 105-106pp.

⁹⁴ MAÑALICH, J. Op. Cit. 24-25pp.

⁹⁵ WINTER, J. Op. Cit. 20p.

exhaustivo de la norma, encontramos que esto se justifica en el numeral cuarto, en lo que respecta al engaño, mas no en las otras causales. Por esto, existen autores que han aseverado que el bien jurídico protegido por el delito de estupro es la libertad sexual.

Preferir una u otra opción conlleva variadas consecuencias, ya que, si reconocemos que existe una especie de libertad sexual en los menores de edad, debemos necesariamente plantearnos hasta qué punto podemos permitirles autodeterminarse sexualmente, bajo qué parámetros y, por cierto, desde qué edad.

En primer lugar, debemos diferenciar ambos conceptos. Para Rodríguez Collao, la indemnidad sexual consiste en “*un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas*”⁹⁶. El acto delictivo se produce toda vez que la víctima carece de la capacidad de entender el significado e importancia de la relación sexual, lo que podría afectarle en su desarrollo sano y normal, por lo que se encuentra incapacitado de ejercer la libertad sexual de manera consciente.⁹⁷ El mismo autor la ha definido también como “el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño – físico, psíquico o emocional – que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos”.⁹⁸

Por su parte, Mañalich⁹⁹ se refiere al “esquema dualista”, señalando que es el que mejor describe a la doctrina mayoritaria actualmente, en cuanto la distinción de bienes jurídicos se refiere. Bajo este esquema se distingue entre delitos que lesionan la libertad sexual de la víctima y delitos que lesionan su indemnidad sexual. El autor señala que el criterio formal sobre el cual descansa esta diferenciación, está constituido por la edad de la víctima del delito en cuestión. Así, los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años, habrían de ser categorizados como delitos contra la libertad sexual, mientras que los delitos que sólo podrían tener como

⁹⁶ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 127p.

⁹⁷ ALLENDE, C. y VARELA, M. Op. Cit. 17p.

⁹⁸ RODRÍGUEZ, L. 2013. Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil. Revista de Derecho 26 (1): 145-166.

⁹⁹ MAÑALICH, J. Op.Cit. 25-27pp.

víctima a una persona menor de 14 años, en cambio, como delitos contra la indemnidad sexual. En efecto, una persona menor de 14 años siempre sería incapaz de un ejercicio autónomo de su sexualidad, lo cual justificaría proteger su falta de padecimiento o involucramiento en cualquier contacto sexual; recién a partir de los 14 años de edad, se volvería merecedora de protección la libertad sexual. La libertad sexual de una persona mayor de 14 años, pero todavía menor de edad, parecería quedar sometida a una protección intensificada, en atención a la distintiva vulnerabilidad que estaría asociada al temprano ejercicio de su sexualidad, por lo que se protege con la prohibición de la conducta en las formas comisivas del delito de estupro. Esta protección intensificada dejaría de ser necesaria y conveniente, una vez que la persona cumpla los 18 años de edad, hito a partir del cual sólo resultaría prohibido un contacto sexual bajo las formas comisivas del delito de violación.

Los autores Bullemore y Mackinnon señalan que la indemnidad sexual corresponde al “derecho de todo niño o niña menor de 14 años de edad de no verse expuesto frente a adultos que los inducen a aparentes y falsas elecciones en materia sexual para las que no están capacitados y, por supuesto, a no verse derechamente sometidos a actos sexuales que no comprenden y para los que no se encuentran psíquicamente preparados”.¹⁰⁰

Cabe señalar que estos autores son parte de la doctrina que no considera que la indemnidad sexual deba ser considerada como un bien jurídico protegido distinto, sino que aquella puede ser subsumida dentro de la libertad sexual. Para ellos, esta distinción de bienes jurídicos en los delitos sexuales es un error y un concepto innecesario, afirmando que en el caso de los menores de 14 años, siempre el bien protegido es la libertad sexual, pero con un contenido algo más complejo, ya que el ordenamiento jurídico chileno no les reconoce la facultad de autodeterminación, lo que implica que el tipo penal más que ser una prohibición al menor de 14 años de edad, es una prohibición a terceros de realizar conductas sexuales con ellos o determinarlos a llevarlas a cabo.

Para los autores Matus, Ramírez y Politoff, el legislador ha limitado las situaciones de prevalencia donde el consentimiento no es plenamente válido, a los menores de

¹⁰⁰ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2018. Curso de Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial. 4º ed. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 145p

dieciocho años, confundiendo el estupro por engaño, propio del abuso de la inexperiencia sexual de un menor de edad, con el abuso de situaciones fácticas de poder, que llevan a prestar un consentimiento viciado por temor a un mal más o menos grave e inminente, que no llega a constituir intimidación. Señalan, que estas situaciones se consideran en países como España, Francia y Alemania, como casos de abusos sexuales, donde es evidente que la edad de la víctima no juega un rol preponderante, pues aunque no se configura una violación propiamente tal, sí hay abuso en la obtención de un consentimiento no totalmente libre y por tanto, un daño al bien jurídico protegido que, tratándose de personas púberes, es predominantemente su libertad sexual.¹⁰¹

Rodríguez Collao va incluso más allá al sostener que, la libertad sexual no es el bien jurídico protegido de ninguno de los delitos sexuales de nuestro ordenamiento jurídico penal, argumentando que el hecho que la ley considere el desvalor inherente a la afectación de un determinado interés, no quiere decir que éste sea precisamente el objeto de tutela, en estos casos, dicho desvalor opera como fundamento de una agravación de la pena; de manera de atribuirle, además, un papel en la fundamentación del castigo, lo que importa interpretar la norma en un sentido contrario a las exigencias que impone el principio non bis in idem.

El autor expone, desde un punto de vista político-criminal, cuatro reparos respecto a la libertad sexual como bien jurídico protegido, que son: a) La imposibilidad de explicar en términos estrictamente jurídicos el grado de especialidad que revestiría la libertad sexual en relación con la capacidad de autodeterminación en general; b) Que hay atentados contra los intereses sexuales del individuo en los que simplemente no resulta comprometida la libertad, ya sea porque en algunos casos no existe, o porque la conducta que se considera merecedora de sanción presupone el ejercicio de un poder de autodeterminación por parte de la víctima; c) Que la idea de libertad sexual no es fundamento válido para explicar la diferente gravedad que se suele atribuir a las distintas formas de abuso.¹⁰²

En legislación comparada, podemos mencionar a la doctrina española, que no está conteste respecto de los bienes jurídicos que protegen los delitos sexuales, algunos señalan

¹⁰¹ POLITOFF, S. "et al". Op. Cit. 266p.

¹⁰² RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 118-119p.

que son la libertad y la indemnidad sexual, y otros sólo estiman que es la libertad sexual. Un representante de la primera postura es el autor Muñoz Conde¹⁰³, para Carnevali, en cambio, la indemnidad sexual, está subsumida dentro de la libertad sexual, él la denomina “libertad sexual potencial”, y consiste en la “preservación de las condiciones fundamentales que permitan en el futuro ejercitar adecuadamente las facultades sexuales, esto es, impedir en el sujeto la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo posterior”.¹⁰⁴

Así también lo ha señalado Diez Ripollés, quien considera que el término indemnidad sexual es innecesario y superfluo, afirmando que la libertad sexual expresa mejor que ninguna otra el objeto jurídico que se quiere proteger en la mayoría de los preceptos del título IX, actual título VIII. Argumenta que el Derecho Penal sexual moderno pretende garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad, para lo cual ha despenalizado determinadas conductas que impiden la actividad sexual libre de ciertas personas, sin limitar apreciablemente la libertad sexual de terceros, y ha prohibido conductas en las que el sujeto activo involucra en su acción sexual a otras personas sin mediar libertad alguna, como ocurre en los casos de menores y de privados de razón susceptibles o no de curación. Así, al castigarse ese tipo de conductas se protege el derecho de toda persona a ejercer la actividad en libertad, es decir, la libertad sexual.¹⁰⁵

Para Bascuñán, la discusión sobre los bienes jurídicos protegidos es de suma importancia, ya que está íntimamente relacionado con la autodeterminación sexual de los menores de edad. Para el autor no hay argumentos empíricos que puedan justificar la calificación a priori de toda acción sexual con un menor impúber, cualesquiera sean las circunstancias concretas en que tenga lugar su realización, como un acto especialmente idóneo para poner en peligro su bienestar sexual. La teoría de la autodeterminación sexual puede jugar con consideraciones relativas a los estadios de desarrollo de esa capacidad de autodeterminación, para excluir la referencia a la volición de un menor impúber como dato relevante para resolver si su participación implica la realización -y no la vulneración- de su libertad sexual. En todo orden de materias, el tratamiento jurídico de la libertad de la

¹⁰³ MUÑOZ, F. 2019. Derecho Penal, Parte Especial. 22º ed. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 205p.

¹⁰⁴ CARNEVALI, R. Op. Cit. 16p.

¹⁰⁵ DIEZ, J. 1985. La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. España. Bosch Casa Editorial S.A. 28-29pp.

infancia y la juventud admite un ámbito mínimo de paternalismo justificado. La teoría del bienestar sexual, en cambio, no puede eludir, en el plano de la reflexión de política criminal, el planteamiento de la cuestión del daño o peligro para el menor, porque el menor impúber posee por definición una determinada condición sexual susceptible de bienestar o malestar. Para él, la noción de "indemnidad sexual" carece de sentido en el contexto de la teoría del bienestar sexual, aunque se haya originado en su seno.¹⁰⁶

La jurisprudencia, por su parte, en una sentencia sobre un caso en que el imputado fue acusado de abusar de la custodia y cuidado de una menor de 16 años para accederla carnalmente, y hacerlo mientras se presentaba ante el Tribunal de Familia, como el único referente protector de aquella ha señalado que *“el sentenciador estimó que no se configura el delito de estupro calificado por el Ministerio Público, ello en razón de que no habría existido abuso, por parte del imputado, en términos que éste se haya prevalido de su condición de cuidador de la menor, toda vez que ésta realizó su actividad sexual de modo voluntario, expresando libremente su consentimiento para ello, libre de presiones, sin fuerza ni violencia, encontrándose en edad de decidir de modo independiente, expresando, además, que la misma menor fue quién reconoció mantener la misma clase de relaciones con otras personas porque se encontraba sola, lo que refuerza la apreciación de los jueces en orden a la autodeterminación de la menor en su vida sexual, con plena conciencia de las consecuencias que ello le acarrearía, por lo cual concluyen que no se produjo vulneración de su libertad sexual.*

De lo anterior, se desprende que, es requisito esencial en este ilícito, la existencia y concurrencia de un abuso, esto es, de un atropello, maltrato, forzamiento o aprovechamiento de una relación de superioridad respecto de la víctima, a lo que debe agregarse que, no puede ser considerado como tal, es decir, como abuso, la mera constatación formal o material de una eventual situación de superioridad, si ésta no va acompañada de una utilización o prevalimiento, con el objeto de lograr la aquiescencia de aquella.

Que, se puede también concluir que, en la situación producida, no se encuentra configurada la existencia de dolo, por parte del acusado, acción maliciosa que, además,

¹⁰⁶ BASCUÑÁN, A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho (Nº Especial): 73-94.

*debe ser directa, ya que, como se dijo, debe existir un abuso y, por lo mismo, éste supone un aprovechamiento de las ventajas, respecto del estado de inferioridad de la víctima, y naturalmente, una intención, propósito o designio positivos, en orden a prevalerse de su posición, el que a la luz de los hechos conocidos y comprobados, no se divisa ni se infiere”.*¹⁰⁷

c) Formas comisivas del delito de estupro

c.1) Abuso de anomalía o perturbación mental, que no constituye enajenación.

Winter ha señalado que para configurar esta causal, la voluntad de la víctima no se halla intacta, sino que está condicionada por la anomalía que padece y de la que el victimario se ha de aprovechar para obtener su (aparente, más insuficiente) consentimiento. Para este autor es necesario que la víctima se encuentre (aun en su estado) en condiciones de manifestar su (dis)conformidad con la realización del acto sexual y, en particular, con ser accedida carnalmente.¹⁰⁸

Como lo han aseverado los autores Matus, Politoff y Ramírez, en el caso de abuso de anomalía o perturbación mental, que no constituye enajenación, se afecta la capacidad para comprender el significado del acto sexual, tanto a nivel corporal como reproductivo. En esta forma de estupro no basta el mero trastorno o anomalía para configurarlo, si éste no va acompañado de un abuso sobre el mismo, existe un aprovechamiento de la discapacidad mental de la víctima. Por ende, el primer problema que observamos dentro de este numeral, es que la edad de la víctima no debería jugar rol alguno.¹⁰⁹

El segundo problema que identificamos, y a lo que se ha referido Rodríguez Collao¹¹⁰, es que las condiciones patológicas a las que se refiere este numeral son de carácter permanente, por lo que el legislador ha fallado en su formulación.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de agosto de 2010, Causa Rol N° 57-2010.

¹⁰⁸ WINTER, J. Op. Cit. 31p.

¹⁰⁹ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 267p.

¹¹⁰ RODRIGUEZ, L. Op. Cit. 224p.

Pero hay quienes defienden la redacción de la norma, amparados en ciertos trastornos mentales que son transitorios, así lo refiere Aguilar, quien arguye que la depresión, pueden ser gatillante de la satisfacción de la exigencia requerida por la primera modalidad comisiva del artículo 363 del Código Penal.¹¹¹

A nuestro parecer, la redacción del numeral de este artículo es un tanto confusa, ya que se refiere a “abuso de una anomalía o perturbación mental, **aun transitoria**”, por ende, considera patologías permanentes, como lo ha señalado Rodríguez Collao, pero esto no constituiría delito de estupro, sino de violación, cuando se abusa de la “enajenación o trastorno mental de la víctima”.

Así lo ha expresado Garrido Montt¹¹², al considerar que la anomalía o perturbación puede derivar de una enfermedad de carácter permanente o de una situación transitoria, como lo aclara expresamente el legislador al describirla ("aun transitoria"). Es en el momento de acceder a la ejecución del coito, cuando la víctima tiene que haber sufrido la pérdida o disminución de las capacidades psíquicas que la llevan a consentir.

Así también lo ha señalado Oxman¹¹³, quien ha manifestado respecto al delito de violación y su causal N° 3, en relación con la causal N° 1 del delito de estupro, que la distinción que hace el Código Penal permite sostener que las acciones sexuales con personas mayores de edad, en el supuesto que sufran de enfermedades o trastornos mentales en sentido amplio, solo adquieren relevancia jurídico-penal si junto con la ausencia de consentimiento (obtenido a través de medios abusivos), la enfermedad o trastorno mental es además grave. En consecuencia, la acciones que consisten en tocamientos corporales con significado sexual o las relaciones sexuales con una persona mayor de edad que sufre de anomalías o trastornos mentales, que no alcanzan el concepto de enajenación, descrito en el medio de comisión del art. 361 N° 3, no son

¹¹¹ AGUILAR, C. 2006. Manual de delitos sexuales. Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 55p.

¹¹² GARRIDO, M. Op. Cit. 371p.

¹¹³ OXMAN, N. 2015. La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. Revista de Política Criminal 10 (19): 92-118.

punibles pese a que el consentimiento pueda ser estimado como inválido, por haber sido obtenido a través de prevalimiento o engaño.

Continúa el autor, profiriendo que de haberse querido incluir tales casos dentro de la incapacidad para oponerse, del artículo 361 N° 2, el legislador habría tenido que optar por regular de modo conjunto las modalidades comisivas del delito de violación y abusos sexuales, sin los márgenes de edad, eliminado el delito de estupro de nuestro sistema penal.

c.2) Abuso de relación de dependencia de la víctima

Respecto al segundo numeral del delito de estupro, se ha entendido tradicionalmente que el prevalimiento constituye una relación de superioridad entre víctima y victimario. Para Garrido Montt¹¹⁴, este prevalimiento se presenta en su manifestación más propia, en tanto modalidad de comisión del estupro, en este numeral. La condición de prevalencia o dependencia puede tener cualquier naturaleza o derivar de cualquier causa, haya sido o no provocada por el agente en mira a la obtención de la cópula. Esto no se contradice por el hecho de que el legislador precise algunas de las modalidades que puede adoptar la relación de dependencia (existencia de una relación de custodia, cuidado, educación o de carácter laboral), porque dicha referencia sólo ha tenido por objeto plasmar un reforzamiento interpretativo con menciones descritas a título ejemplar. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que la relación de dependencia debe corresponder a un vínculo de carácter funcional, en virtud del cual se ha encomendado a uno de los intervinientes determinadas conductas o acciones que crean una relación desigual entre ambos, en consideración a la autoridad que adquiere uno de ellos.

El principal problema que observamos en este numeral, como lo ha identificado Garrido Montt, es que la diferencia de edad entre víctima y victimario no constituye antecedente suficiente para satisfacer la condición de superioridad o dependencia. El delito exige un sujeto pasivo menor de edad, independientemente de la exigencia de “dependencia”, que supone una base fáctica diversa. Si bien es posible concebir una

¹¹⁴ GARRIDO, M. Op. Cit. 372p.

hipótesis en la cual concurren al delito personas de igual o similar edad, en caso que el victimario sea un menor de entre 16 y 17 años que obró con discernimiento, no resulta posible entender que la diferencia de edad satisfaga la exigencia de dependencia o superioridad.

Tampoco resulta idóneo fundar la dependencia o superioridad en las diferencias de contextura física que pudieren existir entre víctima y victimario. Si se presenta esa diferencia, podría afectar a la libre voluntad de la víctima, que podría sentirse intimidada o forzada a aceptar el acceso, lo cual permite vincular dicho caso a las modalidades de ejecución forzada de la cópula, propias del delito de violación. Si la fuerza o intimidación no ha sido grave y seria, la víctima puede disponer de medios para rechazar la cópula, a no ser que sufra alteraciones psíquicas producidas por el temor subsumible en la primera modalidad del delito de estupro. En la causal de abuso de la relación de dependencia perfectamente podríamos encontrarnos en el caso del jefe que abusa de su subordinada¹¹⁵, pero al existir la limitación de edad, no se configuraría el delito. Lamentablemente, al limitarse esta clase de estupro a los menores de edad, se deja de lado los casos graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrían ser considerados como violación por intimidación, restando para estos casos solo las figuras de amenazas, aunque no se comprende por qué no podrían constituir figuras de agresiones sexuales respecto de mayores de edad.¹¹⁶

c.3) Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima

El desamparo corresponde a un estado de situación de necesidad o carencia de la víctima que la coloca en una posición de vulnerabilidad. El legislador no distingue entre las causas que pueden haber generado ese estado o su naturaleza (económico, afectivo, de cuidado personal). Garrido Montt menciona que, desde el punto de vista activo, la causal se encuentra unida al concepto de explotación que caracteriza a la conducta del agente. El delito supone el aprovechamiento de la situación de carencia, el victimario debe tener conciencia de esa situación y sobre esa base lograr el consentimiento de la víctima para el

¹¹⁵ GARRIDO, M. Op. Cit. 372-373pp.

¹¹⁶ POLITOFF, S. "et al". Op. Cit. 267p.

acceso. No se exige la intervención del agente en la creación o mantención de la situación de necesidad, bastando su existencia objetiva y su aprovechamiento por el sujeto activo.¹¹⁷

Siguiendo a los autores Matus, Politoff y Ramírez, la única diferencia de este numeral con la causal del N° 2, sería la de recoger la idea de la transitoriedad de la dependencia, que origina el desamparo de la víctima frente a quien puede ampararla; caso en el cual es evidente que alguna relación debe existir entre quien accede carnalmente y su víctima, que explique la posibilidad del autor de "abusar" de ella, con la amenaza latente de mantenerla en el "desamparo" o de no prestarle la ayuda requerida. Es aquí donde evidenciamos el conflicto respecto a este numeral, porque tal como analizamos en el numeral anterior, podemos hacer presente las mismas observaciones respecto de la edad de la víctima.¹¹⁸

c.4) Engaño

Respecto a la causal de engaño, en el informe de la Comisión Mixta se sostuvo, que la figura gira alrededor del concepto de autodeterminación sexual, sancionando el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene madurez suficiente para apreciarla, siendo susceptible de ser engañada sobre ese punto, sea por su ignorancia o inexperiencia. Además, se determinó que esa clase de engaño, atendida la evolución actual de la sociedad, no puede resolverse en la falsa promesa de matrimonio, por lo que se contradice con la mantención de la figura de estupro por engaño, cuyo tratamiento jurisprudencial y doctrinal ha adoptado tradicionalmente esta modalidad.¹¹⁹

El engaño supone la falta de conocimiento que detenta la víctima sobre el contenido y alcance de una relación de carácter sexual, o, dicho en los términos de la ley, la "ignorancia o inexperiencia sexual de la víctima". El engaño radica en la posibilidad de incidir en la representación que el adolescente tenga respecto del hecho, para alterar la

¹¹⁷ GARRIDO, M. Op. Cit. 374p.

¹¹⁸ POLITOFF, S. "et al". Op. Cit. 268p.

¹¹⁹ Ibid. 268p.

comprensión natural del significado de una cópula sexual, lo que no podrá ocurrir si éste ya comprende el sentido y alcance de tales actos.¹²⁰

Se ha entendido que podría constituir el engaño de este numeral, el fingimiento de un estado civil, "cuando el sujeto ha simulado ser soltero, estando casado, con el fin de inclinar a la víctima a consentir el acceso carnal". Tampoco aquí se cumplen las exigencias del tipo estupro, porque la víctima actúa a plena conciencia de las implicancias del acto que ejecuta y en uso de sus facultades de autodeterminación. La circunstancia que se habría querido describir es la de una persona menor sexualmente ignorante o inexperta que se enfrenta a un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para llevarlo a una interacción sexual. Tal conducta obedece para el sujeto activo a la satisfacción de sus impulsos sexuales, pero para el menor no tiene ese mismo sentido, porque se ha manipulado su voluntad, y ahí radica el abuso.¹²¹

El problema que surge respecto a la modalidad comisiva de engaño, es que hoy resulta bastante difícil que un adolescente no cuente con la capacidad real de comprender el significado de una relación de tipo sexual. Se puede afirmar que incluso la ley presume de antemano que se cuenta con esa facultad, porque permite su ejercicio voluntario legítimo a los mayores de 14 años. El riesgo de que efectivamente un adolescente carezca de esta capacidad aparece prácticamente irrelevante en la actualidad, lo que fue considerado por el legislador en la tramitación de la Ley N° 19.617. Con ese presupuesto no se había considerado adecuado sancionar el estupro por engaño, modalidad que tuvo que ser reincorporada por la Comisión Mixta en el tercer trámite constitucional, como se desprende de las actas de la Comisión Mixta: *"Fue objeto de un extenso debate la inclusión del engaño, circunstancia desechada en el segundo trámite constitucional. La mayoría de los integrantes de la Comisión Mixta prefirió conservarla como circunstancia constitutiva del delito de estupro, por entender que tiene importancia, si la figura gira en torno al concepto determinación sexual, sancionar el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene madurez suficiente para apreciarla (...) Puesta en votación la idea de incluir el engaño como circunstancia constitutiva del*

¹²⁰ GARRIDO, M. Op. Cit. 375p.

¹²¹ POLITOFF, S. "et al". Op. Cit. 268p.

estupro, y enfocado hacia la significación sexual de la conducta, se aprobó por seis votos a favor y una abstención ".¹²²

d) ¿Debería existir el delito de estupro en nuestro sistema penal?

A través de este capítulo hemos evidenciado problemas variados que presenta el delito de estupro en nuestro sistema penal. En primer lugar, y luego de haber analizado una a una las modalidades comisivas que el legislador ha determinado, es que consideramos que las causales de abuso de anomalía o perturbación mental, relación de dependencia de la víctima o su grave desamparo, afectan el consentimiento sexual en cualquier nivel, no solo de los menores de edad. El consentimiento en el acto sexual siempre debe ser prestado de manera libre, no coartado por alguna circunstancia que no tiene relación con el deseo de participar en el encuentro, por lo tanto, estimamos, que no se justifica que estas causales, que se asemejan a las del delito de violación, contengan una limitante de edad para su protección. Es así como, consideramos que la figura de estupro, atendiendo a su origen, pero también a su evolución, es un tipo penal superado, que debería ser eliminado de nuestro sistema penal.

Respecto a lo anterior, Oxman plantea, que el aparente defecto de técnica legislativa en el delito de estupro, ha llevado a los tribunales a plantear otras interpretaciones que pretenden salvarlo de lege data. Pero lo cierto es que, en el Derecho comparado, como analizamos al inicio de este capítulo, la tendencia ha sido establecer medios de comisión comunes a todos los atentados a la libertad sexual y, después, graduar la pena en función de otros factores, entre los que aparece la edad y entidad de la conducta sexual que se realiza.¹²³ A nuestro parecer, esa debería ser la solución en nuestro sistema, recoger los distintos atentados y agresiones de carácter sexual, con sus respectivas modalidades comisivas y agravantes, como el uso de fuerza o intimidación, enajenación o trastorno mental, pérdida de razón o incapacidad de oposición, situación de dependencia o desamparo, aprovechamiento de situación de ignorancia o inexperiencia sexual, todo esto

¹²² Informe Comisión Mixta. 1998. Sesión 19, Legislatura 339. 18p.

¹²³ OXMAN, Nicolás. Op. Cit. 111p.

en función de la víctima, entre otras, y graduar la pena en base a la edad de la víctima y la gravedad de la conducta típica.¹²⁴

Siguiendo al autor, el mantener el delito de estupro, conlleva una importante consecuencia: la ley distingue entre, por un lado, los estados de disminución de capacidades de oposición que involucran ausencia de consentimiento y, por el otro, los supuestos de limitación de capacidad de oposición que deben ser interpretados como casos de consentimiento viciado. Así, no es lo mismo realizar una conducta de acceso carnal o un acto de significación sexual con ausencia de consentimiento, que con el consentimiento viciado del otro interviniente, por ello, la pena del delito de violación de personas mayores de catorce años (art. 361) es mayor que la del delito de estupro (art. 363) y, por lo mismo, el consentimiento viciado de una persona adulta para la realización de las conductas constitutivas de acceso carnal o de actos de significación sexual, son atípicas.¹²⁵

3. Análisis crítico en torno al delito de abuso sexual.

Conforme a lo estudiado en el capítulo anterior, podemos señalar que el delito de abuso sexual presente en nuestro ordenamiento jurídico penal, contempla las siguientes acciones:

En primer lugar, una hipótesis de abuso sexual propio que requiere de contacto físico, que consiste en la realización de una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de 14 años, siempre que concurra alguna de las modalidades ejecutivas propias de la violación, a saber, el uso de fuerza o intimidación, cuando la víctima se halle privada de sentido, cuando se abusa de su incapacidad para oponer resistencia o cuando se abusa de su enajenación o trastorno mental.

En segundo lugar, la realización de una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de 14 años, pero menor de 18, que también requiere de contacto físico, siempre que concurra alguna de las modalidades ejecutivas propias del estupro, a saber, cuando se abusa de alguna anomalía o perturbación mental, aun transitoria, que por su

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ OXMAN, Nicolás. Op. Cit. 111p.

menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra o cuando se le engaña abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

En tercer lugar, encontramos la hipótesis de abuso sexual impropio, que no requiere contacto físico entre víctima y victimario, y consiste en la ejecución de una acción sexual distinta del acceso carnal, respecto de una persona menor de 14 años, variando la pena según si el hechor utiliza o no alguna de las modalidades propias de la violación o del estupro.

Y por último, encontramos la hipótesis del abuso sexual agravado, que consiste en la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales en ello. Por supuesto que esto ha sido objeto de controversia, ya que al analizar el tipo abuso sexual en una primera instancia, el principal elemento que lo define es la ejecución de una acción que no constituya acceso carnal. Es por esto que, parte de la doctrina, ha cuestionado si el tipo penal de abuso sexual agravado consiste en verdad en un tipo de violación. Esto es algo que analizaremos más adelante en este capítulo.

La redacción de la norma en este caso, es poco sistemática y orgánica, además de describir el abuso sexual como un descarte del tipo de violación o estupro, señalando que es abuso sexual lo que no constituye acceso carnal, pero no explicitando los límites de lo que puede constituir un abuso sexual, dejando su desarrollo a la doctrina y jurisprudencia para su interpretación y sanción.

a) Ambigüedad en la redacción de la norma y su conflicto con el principio de legalidad.

Uno de los principales problemas del tipo penal abuso sexual radica en su ambigüedad, ya que, si bien se incorpora la definición de acción sexual, que no existía antes de la modificación legal y logramos identificar cuál es la conducta sancionada, el tipo delimita contornos propios de la conducta, referidos al carácter sexual del acto y a su relevancia o entidad, en tanto manifestación de la sexualidad, pero no profundiza en los límites objetivos o subjetivos del tipo. El único criterio que podemos denominar objetivo en

este tipo penal, es que el acto debe afectar corporalmente a la víctima, con todo, es una constante en esta clase de delitos la descripción de elementos normativos, pero también subjetivos que delimitan sus contornos, aunque sean figuras residuales. El problema, es que la redacción del artículo, permitiría incluir supuestos de contemplación lasciva de las zonas erógenas del cuerpo, en definitiva, quedan incluidos supuestos que carecen de relevancia o que en realidad no dañan el bien jurídico que se pretende proteger.¹²⁶

La imprecisión de las conductas descritas ha dado lugar a un cuestionamiento al principio de legalidad penal, lo que implicaría una vulneración a las exigencias constitucionales en la definición de los tipos penales. Este principio está consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y consiste en que las leyes penales deben ser redactadas en términos estrictos y precisos, que no den lugar a dudas acerca de la situación que pretenden regular. Este artículo en su inciso final dispone “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Así, la exigencia constitucional se cumple únicamente cuando la descripción de la conducta se hace en términos tales que no den lugar a más de una interpretación acerca de lo que se desea incriminar.¹²⁷

Al respecto, Cury ha señalado que casi todos los ordenamientos punitivos en el presente se encuentran estructurados sobre la base del principio de reserva o legalidad “*con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (nullum crimen, nulla poena sine lege).*” Solo de esta forma el ciudadano cuenta con la certeza de que es la ley la que le dirá precisamente lo que debe o no hacer a fin de no verse expuesto a la imposición de una pena, hasta dónde puede llegar sin ser alcanzado por la amenaza punitiva, e, incluso la magnitud de las consecuencias a las cuales se verá sometido si infringe los mandatos y prohibiciones legales.¹²⁸

Por su parte, señala el mismo autor que Jescheck¹²⁹ atribuye al principio de legalidad el significado de *nullum crimen sine lege certa*, de acuerdo a lo cual se exige a la ley penal

¹²⁶ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Op. Cit. 14p.

¹²⁷ Ibid. 13p.

¹²⁸ CURY, E. Op. Cit. 167p.

¹²⁹ JESCHECK, H. 1993. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4º ed. Granada, España. 122p.

el máximo de determinación, en efecto a juicio también de Jakobs¹³⁰ “*los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada*”. Con todo, esta exigencia de determinación está implícita en el principio de prohibición de analogía, que mencionamos a propósito del delito de estupro en el capítulo anterior, porque ésta solo cumplirá su función de garantía si la descripción legal de los delitos y la conminación legal de las penas es precisa e inequívoca. En este caso se prohíbe al Juez recurrir a cualquier clase de normas que no estén contenidas en la ley formal, con mayor razón se le veda la creación de ellas mediante un razonamiento analógico.¹³¹

Consideramos que redactar la norma de abuso sexual como figura residual del delito de violación y estupro, no delimitando las conductas que lo constituyen con mayor precisión, ni estipulando los límites de las acciones que pueden ser sancionadas bajo esta figura, genera un conflicto de ambigüedad en la norma, además de contraponerse a los principios de legalidad y prohibición de analogía en materia penal. Lo anterior, debido a que es la jurisprudencia, a través de sus distintos fallos, quienes han debido interpretar, bajo parámetros sociales y culturales, e intentar aplacar la amplitud de conductas que podrían subsumirse en el tipo de abuso sexual, tal como fue planteado, acorde a la historia de la ley.

b) Abuso sexual propio o directo

La definición de acción sexual del artículo 366 ter define la acción sexual como “*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*”. De lo cual, podemos extraer tres elementos que analizaremos por separado a continuación: la significación sexual del acto, la relevancia de la conducta y el contacto corporal con la víctima o afectación de los genitales, ano o boca de la víctima.¹³²

¹³⁰ JAKOBS, G. 1995. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid, España. 59p.

¹³¹ CURY, E. Op. Cit. 168p.

¹³² WINTER, J. Op. Cit. 40p.

b.1) Significación sexual del acto.

Respecto a la significación sexual del acto, podemos decir que es difícil fijar un parámetro para determinar cuándo estamos en presencia de un acto con verdadera significación sexual, ya que no todos los actos que habitualmente son motivados por el instinto carnal son considerados abuso sexual, sólo lo será cuando importe efectivamente un atentado contra el bien jurídico protegido, y esto va a depender de factores sociales y culturales, entre otros. Además, la excitación sexual de una persona depende de muchos elementos, que no son los mismos en todos los individuos. Es por esto que, debemos recurrir a distintos factores potenciales para intentar describir una conducta objetiva que se considere apta para procurar la excitación sexual de una persona, en una sociedad determinada, en un momento determinado.¹³³

Las conductas que en general, quedan comprendidas en el carácter de “sexuales” son las tocamientos en zonas erógenas, frotamiento de las mismas, masturbación en el cuerpo de otra persona, entre otras. Pero existen conductas o comportamientos, que podrían resultar ambiguos o equívocos, como por ejemplo, las tocamientos en zonas erógenas, realizadas por el médico a su paciente, en el contexto de un tratamiento terapéutico.¹³⁴

Más específicamente, se ha señalado que quedarían incluidas dentro del tipo de este delito, *“todas aquellas acciones corporales, de aproximación o tocamiento, no inclusivas del acceso carnal ni encaminadas a éste, realizadas sobre el cuerpo de otra persona, objetivamente aptas, de relevancia para ofender su honestidad o pudor y no consentidas libremente por ésta.”*¹³⁵

Debemos señalar que según la Comisión Mixta, la inclusión de la expresión *“cualquier acto de significación sexual”* tuvo el propósito de dejar entregado al desarrollo jurisprudencial lo que se ha de entender por ello, aunque es claro que no podrían considerarse como tales, los accesos carnales constitutivos de violación, reduciéndose el

¹³³ WINTER, J. Op. Cit. 40p.

¹³⁴ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Op. Cit. 14p.

¹³⁵ TOBAR, J. 1999. Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley. Temuco. Pehuén Editores. 55p.

alcance del tipo a los tocamientos o palpaciones del cuerpo de la víctima hechos con ánimo libidinoso.¹³⁶

Para intentar zanjar la discusión respecto a la significación sexual de la conducta, la doctrina se ha dividido entre dos criterios posibles, objetivos y subjetivos. En cuanto al criterio objetivo, se plantea que si estamos frente a un acto sexual de cualquier índole, éste ha de considerarse al margen de cuál haya sido la sensación que produjo al sujeto activo. Según esta corriente, sostener que el delito de abuso sexual sólo puede cometerse por actos animados por la lujuria o la libido, importa una indebida limitación al real alcance de la figura. La utilización de criterios objetivos para apreciar el carácter sexual de un comportamiento, no sólo resulta ser más afín con el propósito de erradicar las connotaciones morales de esta conducta criminal, sino que además obedece al imperativo de asegurar la vigencia del principio de legalidad y de garantizar una tutela efectiva de los bienes jurídicos de la víctima. Para esta parte de la doctrina, la posición contraria, que adopta un criterio subjetivo, es moralizante e incompatible con una visión democrática del Derecho Penal.¹³⁷

En cuanto al criterio subjetivo, esta parte de la doctrina señala que se requiere que el acto tenga un ánimo lascivo, ya que constituye la única forma de distinguir entre una auténtica acción sexual y otros actos que, importando una aproximación corporal con la víctima, se hacen con otros fines. De todas formas, reconocen la tendencia al abandono de esta tesis, debido a los problemas probatorios que se derivan de dicha postura.¹³⁸

Por otra parte, en doctrina comparada, encontramos similares parámetros para distinguir la significación sexual del acto: *“a) parámetro objetivo, como la aptitud de una conducta para excitar el instinto sexual de que se trate; b) parámetro subjetivo, en especial, de la intención con que hubiere actuado el hechor; c) parámetro objetivo-subjetivo, que considera tanto unos como otros, lo que significaría que un acto sexual es aquel que tiene relación con el sexo (relación objetiva), y que además, haya por parte del autor la intención de satisfacer apetitos sexuales (relación subjetiva); d) contrariamente y*

¹³⁶ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 269p.

¹³⁷ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Op. Cit. 14p.

¹³⁸ Ibid.

desechando las anteriores, el parámetro del fin sexual de la conducta, es decir, se requiere el involucramiento de la víctima en un contexto sexual."¹³⁹

A nuestro parecer, no debemos considerar solo aquellas acciones en que intervengan los órganos genitales, como lo han aseverado algunos autores¹⁴⁰, sino que debemos considerar también aquellas conductas en que el propio autor actúa con ánimo lúbrico con la intención de involucrar a la víctima en un acto sexual. Lo anterior, ya que, si aceptamos un criterio netamente objetivo, en el caso hipotético de un médico, que en el contexto de un examen ginecológico procura su propia excitación, sin alejarse de lo que indica la *lex artis*, debería ser sancionado por abuso sexual. Si seguimos esta lógica, cualquier "*actividad sexual desviada*" debería ser sancionada, ya que cada individuo podría procurar su excitación sexual de las maneras más extrañas, sin afectar bien jurídico de la víctima alguno. Por otra parte, la ausencia del ánimo lúbrico por sí sola, es decir, que el autor del hecho no busque su satisfacción sexual, sino, por ejemplo, la humillación de la víctima, no debería excluir su responsabilidad penal, si afectó de todas formas la integridad sexual de la víctima. Así también sucede, con la exigencia de la afectación de genitales, ano o boca de la víctima, en el cual no es necesario el contacto directo entre los cuerpos de la víctima y el autor, pudiendo llevarse a cabo la conducta sexual mediante objetos.¹⁴¹

Por esto, a nuestro parecer, siguiendo a Winter, el acto debe tener significación sexual en el sentido de los "*actos que el ser humano realiza para satisfacer sus instintos sexuales*", pero esto de todas formas abre paso a la ambigüedad que mencionábamos en este acápite, ya que será el Juez quien, caso a caso, determinará si una conducta específica satisface los estándares para ser considerado un acto de significación sexual.¹⁴²

Finalmente, podemos mencionar, que han surgido posiciones eclécticas que afirman que ha de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido, cualquiera que sea el móvil del autor, si el acto tiene objetivamente por sí mismo un sentido sexual, igualmente afecta dicho bien, aunque el agente no haya querido manifestar sus impulsos sexuales, pero a su vez,

¹³⁹ DIEZ, J. Op. Cit. COX, J. Op. cit. 132-133p.

¹⁴⁰ GARRIDO, M. Op. Cit. 315p., RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 200p.

¹⁴¹ WINTER, J. Op. Cit. 44p.

¹⁴² Ibid. 42p.

reconocer que el ánimo lascivo no es un requisito exigido por el tipo, y que se transgrediría la garantía de la legalidad penal al demandarlo.¹⁴³

b.2) Relevancia del acto de significación sexual.

El segundo elemento es la relevancia del acto ejecutado, la entidad de la conducta para determinar si debe ser sancionada bajo esta figura. No todos los actos que habitualmente son motivados por el instinto carnal son considerados abuso sexual, sólo lo será cuando importe efectivamente un atentado contra el bien jurídico protegido, y esto va a depender del contexto sociocultural en que se desarrolle la persona, por lo demás también se presenta el problema de determinar cuál es el bien jurídico protegido, discusión que abordamos en el capítulo anterior, respecto al delito de estupro.

La exigencia de la relevancia del acto, a nuestro juicio, debe constituir la *“importancia o gravedad de la conducta de significación sexual”*, en este sentido podemos citar el caso del beso, que puede llevar en algunos casos contenido sexual explícito, pero su entidad no alcanza a ser de relevancia suficiente para ser sancionada a título de abuso sexual.¹⁴⁴

Para la jurisprudencia, la relevancia del acto sexual está íntimamente relacionada con la significación sexual del acto, que analizamos en el acápite anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que *“la función de la exigencia de relevancia del acto es asegurar formalmente la operatividad del juicio de falta de merecimiento de pena desde el punto de vista material de lo injusto, lo que técnicamente habría bastado con la expresión ‘significación’. Por tanto, si el acto tiene, objetivamente, una connotación o significación sexual, hay que entender que es relevante, pues de lo contrario carecería de significación.”*¹⁴⁵

A su vez, la Corte de San Miguel determinó que *“en lo relativo a la relevancia sexual del acto, ella no depende del concepto que tenga el agente o la víctima, sino queda entregada a la apreciación del tribunal basada en su facultad jurisdiccional, teniendo*

¹⁴³ CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Op. Cit. 14p.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 253p.

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de marzo de 2009, Rol N° 2609-2008.

*presente para ello los conocimientos sexuales, los principios de la sexualidad, las buenas costumbres, la moral y la concepción de la honestidad y el pudor, tanto en el ámbito personal de los intervinientes como en la sociedad donde se desarrollan los hechos”.*¹⁴⁶

Por su parte, la Corte de Copiapó señaló *“aún cuando pudiera haber existido entre la víctima y el acusado de abuso sexual algún contacto físico o corporal, ello no es suficiente para tener por configurado el ilícito, toda vez que se requiere que revista una entidad necesaria para poder encuadrarse en la figura típica. En efecto, no cualquier acción es apta para configurar un abuso sexual, pues resulta necesario que el acto tenga connotación sexual, esto es, que se trate de un acto de relevancia capaz de atentar contra la indemnidad sexual de la víctima y, por lo mismo, que sea grave, conforme a parámetros objetivos y subjetivos, que deben ser acreditados por el ente acusador, no bastando el mero tocamiento o roce”.*¹⁴⁷

Como podemos ver, una de las problemáticas que hemos señalado, respecto a esta figura, es que ha dejado gran parte de los límites al desarrollo jurisprudencial, los tribunales en general, han fallado bajo criterios negativos, excluyendo las conductas que no consideran suficientes para satisfacer los elementos del tipo. Consideramos que no es suficiente establecer qué conductas se excluyen, sino que se debe considerar, por una parte, la valoración social, cultural y el contexto en que se desarrolla dicha conducta, al momento de la ejecución del delito, y por otra, la problemática que plantea cada situación en particular. El requisito de relevancia no tiene un contenido claro y preciso, puesto que en cualquier caso quedaría entregado a lo que el juez entienda por relevante para estos efectos.¹⁴⁸

b.3) Contacto corporal con la víctima o afectación de sus genitales, ano o boca.

La exigencia del contacto corporal con la víctima, consiste en que será sancionada *“cuando el haber rozado el cuerpo de la víctima es la forma en que se realizó la conducta sexual”*, por lo tanto el contacto no necesariamente debe afectar las zonas erógenas. Así

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de noviembre de 2008, Rol N° 1337-2008.

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 11 de julio de 2008, Rol N° 105-2008.

¹⁴⁸ SIERRA, I. Op. Cit. 48p.

también, no es necesario que la piel de la víctima esté desnuda, estando separados los cuerpos del autor y la víctima, por ejemplo.¹⁴⁹

Rodríguez ha señalado que esta afectación debe realizarse directamente en los genitales, ano o boca de la víctima y, que también quedarían comprendidos en ella, los actos de contemplación lasciva.¹⁵⁰ A nuestro juicio, esto constituiría una transgresión del principio de legalidad, puesto que no se menciona en la figura en comento.

Si bien la poca claridad y ambigüedad es parte del tipo abuso sexual, se ha intentado delimitar la afectación requerida señalando que debe entenderse por esta afectación de los genitales “*tocarlos con un objeto distinto del propio cuerpo*”, de tal forma que quien, por ejemplo, desviste a una mujer y no toca ninguna de esas zonas, aunque las rodee cercanamente, o que se concentre en otras zonas erógenas de la mujer, como los senos, no comete delito de ninguna clase, pues no hay contacto corporal y no se ha afectado las zonas descritas en la ley.¹⁵¹

c) Abuso sexual impropio o indirecto

Este tipo de abuso sexual, está establecido en el art. 366 quáter del Código Penal. A diferencia del abuso sexual directo, no se requiere que exista contacto físico entre las partes y, la víctima, debe ser menor de catorce años.

En primer lugar, esta figura contempla la realización de acciones de significación sexual ante un menor de catorce años, el problema es que el artículo se refiere a una acción de significación sexual que no constituya acción sexual en los términos del art. 366 ter, ¿Cuál es la conducta que se sanciona entonces? Se ha sostenido que es una acción que realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al menor de edad como mero espectador¹⁵², según Rodríguez¹⁵³ el sujeto activo puede valerse de cualquier medio para lograr que el menor presencie el acto (considerando al menor como apto física y sensorialmente).¹⁵⁴

¹⁴⁹ WINTER, J. Op. Cit. 43p.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 208p.

¹⁵¹ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. Op. Cit. 158-159pp.

¹⁵² Ibid. 163p.

¹⁵³ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 220p.

Por otro lado, este delito comprende la conducta de determinar al menor a presenciar material pornográfico, Rodríguez¹⁵⁵ ha señalado que esta figura es estructuralmente similar a la anteriormente descrita, con la única diferencia que el sujeto activo, en vez de hacer presenciar al menor una conducta sexual ejecutada por él mismo, lo determina a que tenga acceso, por vía visual o auditiva, a material pornográfico.¹⁵⁶

Así también, se sanciona cualquiera de las conductas anteriores mencionada, en concurrencia de la circunstancia N° 1 del art. 361 o las contenidas en el art. 363 del Código Penal. La referencia explícita a la fuerza o intimidación, adquiere sentido si se piensa que la inducción de un menor a realizar las conductas, debe permitir a éste realizar dichas conductas sin que el sujeto activo participe directamente, porque de lo contrario pasaría a ser un delito de abuso sexual propio.¹⁵⁷

También, esta figura señala la conducta de determinar al menor a realizar acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de un tercero, aquí la ley exige que el menor realice efectivamente actos de connotación sexual. El centro de esta conducta radica en que el menor sea persuadido por el sujeto activo a realizar conductas de significación sexual, siempre y cuando no tome parte en su ejecución.¹⁵⁸

Para Sierra¹⁵⁹, en la expresión “delante” radica gran parte del núcleo de uno de los problemas de este tipo, ¿A qué hace referencia?, ¿Se podría realizar de manera remota, por ejemplo, a través de una videollamada? Precisamente es una interrogante válida que se plantea en torno al delito de grooming, que en nuestro ordenamiento no se encuentra tipificado. Además, destaca que no hay claridad en el Código Penal respecto a partir de qué momento se entiende consumada la determinación a realizar acciones de significación sexual respecto de un menor de edad “delante” suyo o de otro, ¿La sola “amenaza” a realizar dichas conductas constituye tentativa de este delito? El problema es que el tipo no nos entrega una respuesta a esta interrogante.

¹⁵⁴ SIERRA, I. Op. Cit. 58p.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ, L. Op. Cit. 220p.

¹⁵⁶ SIERRA, I. Op. Cit. 58p.

¹⁵⁷ Ibid. 59p.

¹⁵⁸ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. Op. Cit. 163p.

¹⁵⁹ SIERRA, I. Op. Cit. 61p.

d) Abusos sexuales agravados, ¿Un tipo de violación?

El delito de abusos agravados consiste en el abuso sexual que se realiza mediante la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales en el acto. Se equipara en la pena al delito de violación, ya que se estima que la comisión de este delito es de una entidad y gravedad similar a ésta. Incluso, algunos autores han considerado que este tipo penal se asemeja más a una “*violación o estupro impropios*”.¹⁶⁰

El ámbito de aplicación de esta figura se centra en dos conflictos fundamentales: el primero consiste en delimitar qué introducciones de objetos pueden considerarse típicas; y el segundo, determinar si la introducción de partes o extremidades del cuerpo humano, distintas del pene en la vagina, ano o boca de la víctima, se pueden subsumir dentro de las modalidades típicas de este delito.¹⁶¹

Al discutirse el texto en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se señaló que los objetos a que se hace referencia pueden ser miembros corporales diferentes al pene, pero para parte de la doctrina, entre ellos Matus, Politoff y Ramírez, parece que “*se trata de una interpretación extensiva que, por una parte, degrada la esencia del ser humano como sujeto, distinguible a todo nivel de las cosas del mundo; y otra, al incorporarse la introducción de objetos por la vía bucal, podría extender la incriminación con las graves penas que se proponen de hechos tan comunes en la vida diaria como la obtención de un beso forzado, por poner un ejemplo vinculado a la sexualidad*”.¹⁶²

Por lo tanto, esta parte de la doctrina considera que, “*para evitar absurdos procesos y condenas, debe entenderse que los objetos a que hace referencia la ley no comprenden las partes y miembros del cuerpo, y deben introducirse efectivamente por las vías que la ley señala en un claro contexto de abuso sexual (excluyendo del mismo, obviamente, la alimentación o la toma de temperatura), que dé cuenta patentemente del ánimo libidinoso*

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ, J. 2004. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis Código Penal: Una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo. *Revista Ius Et Praxis* 13 (2): 105-135.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ, J. Op. Cit. 113p.

¹⁶² POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 271-272pp.

*del autor y de la relevancia sexual del acto. En cuanto a la utilización de animales, solo es comprensible la grave penalidad prevista en la ley, cuando se trata de introducir su pene en las víctimas, quedando subsumidos en las figuras genéricas de abusos sexuales propios o impropios, los restantes usos que con ánimo libidinoso se les dé a los animales o sus partes corporales sobre el cuerpo de la persona ofendida”.*¹⁶³

Si consideramos que las conductas contenidas en este tipo penal constituyen una modalidad de abuso sexual más grave, ¿Por qué se crea un tipo penal con modalidades de ejecución y circunstancias específicas, si la penalidad aplicable es similar a la del delito de violación? ¿El abuso sexual agravado es equivalente a la violación? Si se desea castigar determinadas conductas, cuyas modalidades de ejecución no corresponden a la del delito de abuso sexual tradicional, debió establecerse una circunstancia agravante específica, o bien, crear un tipo penal, pero con una penalidad a lo menos más alta respecto del abuso sexual tradicional, para lograr distinguirlo de éste.¹⁶⁴

Con independencia de la ubicación sistemática de este delito, consideramos que nos encontramos ante una figura delictiva que tipifica supuestos más cercanos a la violación y el estupro, esto debido a la penalidad impuesta, la valoración de la conducta, las modalidades típicas y la remisión expresa a los art. 361 y 363. A pesar de la referencia expresa al art. 366 ter, ni la conducta típica ni la naturaleza jurídica del art. 365 bis pueden determinarse a través de este precepto. El art. 365 bis describe una acción de especial “significación sexual y relevancia” que valorativamente se asemeja más a las violaciones y estupros clásicos.¹⁶⁵

En doctrina comparada, Serrano ha señalado, respecto del delito de violación, establecido en el artículo 179 del Código Penal Español, que: *“el texto se limita a hacer referencia a objetos, sin especificar lo que a efectos de este delito se entiende como tales. Si se tiene en cuenta que objeto equivale a cosa, las posibilidades son inagotables, con lo que una vez más la inseguridad es patente”.*¹⁶⁶ El Código Penal Español de 1995 fundió en una misma figura el acceso carnal y la introducción de objetos, pero omitió la introducción

¹⁶³ POLITOFF, S. “et al”. Op. Cit. 272p.

¹⁶⁴ SIERRA, I. Op. Cit. 132p.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ, J. Op. Cit. 112p.

¹⁶⁶ SERRANO, A. 2002. Derecho Penal. Parte Especial. 10ª ed. Madrid. Editorial Dykinson. 208p.

de miembros del cuerpo distintos al pene. La discusión respecto a si la introducción de dedos podría considerarse típica, no tardó, a lo que respondió negativamente el Tribunal Supremo. Ante esta situación el legislador reformó el citado precepto penal e incluyó expresamente la introducción de “*miembros corporales*”.¹⁶⁷

Por otro lado, en nuestro ordenamiento, se plantea la problemática respecto a la introducción de objetos cuando va acompañada de acceso carnal. Esta situación ha sido resuelta por el legislador español, al incluir en un mismo precepto ambas modalidades de agresión sexual. Nuestro legislador, ha optado por incluir estas modalidades en otra figura típica, por ende, cabe preguntarnos, ¿Qué tratamiento concursal merece la introducción de objetos junta a la del pene? De acuerdo con la doctrina, respecto del delito de violación propia, cuando concurre junto a un abuso sexual, éste se encuentra consumido en aquél. Para Fernández, estos supuestos no son más que una manifestación de una deficiente técnica legislativa, ya que a la hora de establecer las penas en los delitos sexuales, el legislador no comparó sus respectivas penalidades y, por ende, hizo caso omiso del principio de proporcionalidad de las penas. Si se demuestra que el sujeto tenía la intención de introducir un objeto, y como paso previo realiza un abuso, el precepto penal que recoge con mayor exactitud tanto el desvalor del hecho como del resultado, es la tentativa de violación. La solución a estos casos debe encontrarse en sede legislativa que, a modo de propuesta del autor, residiría en el establecimiento de una regla especial de penalidad específica en el delito de violación, donde se establezca una remisión a las penas de abusos sexuales –incluso agravada– cuando la tentativa de violación se haya materializado a través de un abuso sexual.¹⁶⁸

Respecto a lo anterior, la jurisprudencia, en su mayoría, ha considerado subsumible la introducción de partes distintas del pene en esta figura, no haciéndose cargo del problema de legalidad que presenta. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “*el concepto ‘objetos’ utilizado por esta norma, de acuerdo a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y a la historia fidedigna de la*

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ, J. Op. Cit. 120p.

¹⁶⁸ Ibid. 129p.

*Ley 19.617, incluye los miembros corporales humanos distintos del órgano sexual masculino”.*¹⁶⁹

A nuestro parecer, siguiendo a Fernández, la protección constitucional de este principio, como ya hemos mencionado en esta parte del trabajo, se basa en el principio de autonomía de interpretación del derecho penal, que debe respetar el mandato de *lex stricta*, entendido como la prohibición de analogía por parte de los jueces y tribunales, y además, de la exigencia en el cumplimiento del principio de legalidad a la hora de aplicar la ley penal. *“No obstante, en la actualidad existe un acuerdo unánime en que la concepción mecanicista del juez a la hora de aplicar la ley penal al caso concreto es impracticable, debido principalmente al carácter intrínsecamente relativo de la taxatividad de la ley penal. Desde una perspectiva teórica existe una considerable unanimidad, primero, en permitir una interpretación extensiva de los tipos penales, y segundo, en prohibir una interpretación analógica de los tipos penales en contra del reo.”*¹⁷⁰

Si bien, la jurisprudencia está dividida en torno a esta problemática, podemos destacar algunas sentencias que abordan directamente los problemas de legalidad que plantea la inclusión de la introducción de partes distintas al pene, como una modalidad comisiva del art. 365 bis: *“Finalmente, cabe mencionar a este respecto que si bien parte de la doctrina nacional (Politoff, Matus y Ramírez) sostiene que no pueden comprenderse dentro del concepto de ‘objetos de cualquier índole’, miembros corporales distintos al pene, fue la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que dejó constancia, en el estudio del proyecto de la Ley 19.617 que introdujo este articulado, que ‘el concepto de introducción de objeto de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano.’ Conforme a dicha interpretación dada por el órgano legislador y que corresponde a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley, este Tribunal estimó que los hechos acreditados se ajustan al tipo penal pedido por el Ministerio Público, es decir, se entiende que la introducción de un dedo del acusado en el ano del menor es*

¹⁶⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2008, Rol N° 2225-2008.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ, J. Op. Cit. 116p.

*comprehensiva del concepto de introducción de objeto de cualquier índole por vía anal, que tipifica en forma agravada el mencionado artículo 365 bis del Código punitivo”.*¹⁷¹

Por su parte, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua determinó que “*Un sentido natural por el que se inclina el tribunal a la hora de decidir lo que debe entenderse comprendido dentro de la expresión “introducción de objetos de cualquier índole” que utiliza el legislador en el citado artículo 365 bis y que, al mismo tiempo, atiende a lo que se dijo en la historia de la ley, es que con ello se alude a la utilización de cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, incluyendo, por cierto, los dedos”.*¹⁷²

Pero también encontramos sentencias que niegan la introducción de dedos como la conducta exigida en el art. 365 bis: “*No se estuvo con el Ministerio Público en cuanto pretende que se califiquen los hechos como la figura prevista y sancionada en el artículo 365 bis del Código Penal, consistente en la introducción de objetos, en la especie, por vía vaginal pues, aún asumiendo que una parte del cuerpo humano pueda ser considerada: ‘objeto de cualquier índole’ para efectos de la norma, recogiendo así la historia de la tramitación legislativa de la ley en que expresamente se dejó constancia de ello por la Comisión de Legislación y Justicia del Senado, mas, ciertamente, sólo cuando esta figura era considerada dentro del tipo genérico de abuso sexual, agravándolo. En definitiva su consideración final como un delito independiente, equivalente al de violación, con una penalidad similar, sólo puede tener sentido cuando, como finalmente también se dejó constancia en la tramitación legislativa, se produzca efectivamente una suerte de acceso carnal, equiparando la penetración que se produce en la víctima mediante el órgano sexual masculino con aquella que se efectúa mediante objetos. Luego, para estar ante este delito, necesariamente debe existir penetración vaginal y que la misma constituya un remedo de cópula de suerte tal que con la acción se afecte, además, de la libertad e indemnidad sexuales, también la salud de la víctima, requiriéndose, por parte del sujeto activo efectivamente la intención de realizar un acceso vaginal con un objeto distinto del pene».*

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 13 de septiembre de 2003, RIT N° 138-2006.

¹⁷² Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 30 de julio de 2005, RIT N° 72-2005.

Debido a lo anterior, es que concluimos, que la solución a la ambigüedad que presenta el delito de abuso sexual agravado en nuestro ordenamiento, es mejorar el tipo mediante la técnica legislativa. Consideramos que actualmente es necesario que se supere la discusión respecto a los alcances de la voz “objeto”, ya que debemos centrarnos en la forma en que interpretamos la norma, además de restringir la indeterminación de esta figura y de delimitar con mayor precisión las conductas que atentan contra los bienes jurídicos protegidos que hemos analizado a lo largo de este trabajo. Por cierto, la conducta descrita por este delito, dada su gravedad y entidad, representa una vulneración que podemos equiparar a los delitos que se ejecutan mediante el acceso carnal, y debemos, de todas maneras, encontrar un tipo que los proteja de manera más efectiva.

CAPÍTULO III. CONCLUSIONES A MODO DE PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LOS TIPOS ESTUPRO Y ABUSO SEXUAL EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

A lo largo de esta investigación logramos verificar que las conductas sancionadas como delitos sexuales, en específico, a título de estupro y abusos sexuales, han experimentado importantes variaciones a lo largo de la historia. Esto se debe, principalmente, a que la forma en que ejercemos la sexualidad, está relacionada directamente a razones históricas y culturales de una sociedad determinada, en un momento determinado. Así es como, el Derecho Penal debe encargarse de determinar qué conductas y bajo qué circunstancias, el Estado debe actuar creando tipos penales, para proteger ciertos bienes jurídicos de relevancia, como lo son la indemnidad sexual y libertad sexual, considerando a su vez, la mayor connotación social que poseen los delitos sexuales.

Como analizamos en el primer capítulo, los bienes jurídicos protegidos han sufrido variaciones importantes, pasando, en el caso del delito de estupro, de un bien jurídico general y atentatorio contra la familia, como lo era el honor sexual de la doncella y la moralidad pública, a un bien particular, como lo es la indemnidad sexual de la víctima menor de edad, sin importar su género. Por su parte, en los abusos deshonestos, estaba en juego la honestidad y la moralidad pública, a diferencia de hoy, donde se protege la indemnidad y libertad sexuales.

A nuestro parecer, como evidenciamos en el capítulo segundo de la presente investigación, las formas comisivas del delito de estupro, como lo son el abuso de anomalía o perturbación mental, la relación de dependencia de la víctima y su grave desamparo, afectan el consentimiento sexual en cualquier nivel, no solo de los menores de edad. El consentimiento en el acto sexual siempre debe ser prestado de manera libre, no coartado por alguna circunstancia que no tiene relación con el deseo de participar en el encuentro,

por lo tanto, estimamos, que no se justifica que estas causales, que se asemejan a las del delito de violación, contengan una limitante de edad para su protección. Por ende, la figura de estupro, atendiendo a su origen, pero también a su evolución histórica, es un tipo penal superado, que no encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico penal actual.

Es así como señalamos, siguiendo a Oxman¹⁷³, que el defecto de técnica legislativa en el delito de estupro, ha llevado a los tribunales a plantear otras interpretaciones que pretenden salvarlo, pero lo cierto es que, en el Derecho comparado que estudiamos (casos de España y Argentina), la tendencia ha sido establecer medios de comisión comunes a todos los atentados a la libertad sexual y, luego, graduar la pena en función de otros factores, entre los que aparece la edad y entidad de la conducta sexual que se realiza, entre otros.

Ahora bien, respecto al delito de abuso sexual, que como pudimos analizar, partió de una base confusa, poco clara y ambigua, como era el delito de abusos deshonestos, y que, luego de varias reformas a lo largo de los años, hoy lo comprenden los abusos propios, impropios y agravados, los elementos que lo conforman siguen siendo, a nuestro juicio, imprecisos, vagos y demasiado abiertos, debiendo determinarse por el Juez, caso a caso, si la conducta en disputa pertenece a alguno de los tipos presentes en nuestro Código Penal, debiendo, en varias ocasiones, completar el sentido de la norma, por carecer ésta de la claridad o extensión suficiente.

Es por esto que, en el caso del abuso sexual, se ha cuestionado si se cumple la exigencia del principio de legalidad de la norma penal, ya que no existe certeza sobre la extensión de la norma, qué conductas abarca, bajo qué circunstancias, entre otros. Desde nuestro punto de vista, es importante hacer una revisión sistemática de los delitos de abuso sexual, para lograr precisar su contenido y también, por qué no, establecer nuevos tipos penales que han surgido con los avances de la tecnología, en que las personas hemos aprendido nuevas formas de comunicación, donde existen vacíos legales de nuevas modalidades de abuso que podrían cometerse de manera remota.

¹⁷³ OXMAN, Nicolás. Op. Cit. 111p.

A mayor abundamiento, uno de los principales problemas que encontramos en el tipo penal abuso sexual radica en su ambigüedad, ya que, si bien se reformó, incorporando la definición de acción sexual, que no existía antes de la modificación legal y logramos identificar cuál es la conducta sancionada, el tipo delimita contornos propios de la conducta, referidos al carácter sexual del acto y a su relevancia o entidad, en tanto manifestación de la sexualidad, pero no profundiza en los límites objetivos o subjetivos del tipo. El único criterio que podemos denominar objetivo en este tipo penal, es que el acto debe afectar corporalmente a la víctima, pero a nuestro juicio, el contacto corporal no constituye un requisito necesario para la configuración del delito de abuso sexual, ya que hay variadas conductas donde no existiendo contacto físico alguno entre las partes, el bien jurídico es lesionado de todas formas, y merece protección.

Así también, respecto a los abusos sexuales agravados, se ha generado bastante controversia, dado que se creó un tipo penal con modalidades de ejecución y circunstancias específicas, con una penalidad aplicable similar a la del delito de violación, por lo que parte de la doctrina ha planteado que el abuso sexual agravado es equivalente a dicho delito. También, se ha generado debate respecto a si las partes del cuerpo humano, distintas del pene, constituyen los “objetos” que señala el tipo, la doctrina y jurisprudencia están divididas al respecto.

De esta manera, Fernández¹⁷⁴ ha propuesto expresamente cómo debiera mejorarse mediante técnica legislativa, el delito de abusos agravados, a lo cual adherimos: “a) Mencionar expresamente la introducción de partes del cuerpo distintas del pene como modalidad típica. b) Diferenciar aquellos supuestos que valorativamente se equiparen a un acceso carnal. En concreto, aquellos supuestos en que se pueda poner en grave peligro la integridad física de la víctima, o resulten especialmente degradantes. c) En el supuesto especial de la introducción de dedos, su calificación jurídica como abusos sexuales o violación impropia dependerá de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Así, la sistematización más correcta sería incluir en el delito de violación, junto a la mención expresa de la introducción de partes del cuerpo distintas del pene, una

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ, J. Op. Cit. 116p.

referencia a la puesta en peligro a la integridad física o su carácter especialmente vejatorio y calificar como abusos sexuales agravados cuando no suponga una puesta en peligro a la integridad física o posea un carácter especialmente vejatorio. d) La introducción de objetos en la boca debe desaparecer como modalidad típica y dejar su protección a los delitos contra la integridad física o moral.”

Consideramos que actualmente es necesario que se supere la discusión respecto a los alcances de la voz “objeto” en este tipo penal, y centramos en la forma en que interpretamos la norma, además de delimitar con mayor precisión las conductas que atentan contra los bienes jurídicos protegidos que hemos analizado a lo largo de esta investigación. Por cierto, la conducta descrita por este delito, dada su gravedad y entidad, representa una vulneración que podemos equiparar a los delitos que se ejecutan mediante el acceso carnal, y debemos, de todas maneras, encontrar un tipo que los proteja de manera más efectiva.

A nuestro parecer, el ordenamiento jurídico penal debería recoger los distintos atentados y agresiones de carácter sexual, con sus respectivas modalidades comisivas y agravantes, como el uso de fuerza o intimidación, enajenación o trastorno mental, pérdida de razón o incapacidad de oposición, situación de dependencia o desamparo, aprovechamiento de situación de ignorancia o inexperiencia sexual, todo esto en función de la víctima, entre otras modalidades comisivas que sean relevantes, y luego, graduar la pena en base a la edad de la víctima y la gravedad y entidad de la conducta que se realiza en menoscabo de ella. Creemos que esta forma sistemática de agrupar las conductas, permite una mayor comprensión de todos aquellos actos que lesionan la integridad sexual de la víctima en su conjunto, además de constituir una descripción mucho más acabada y precisa, que protegería de forma mucho más eficaz y efectiva los distintos bienes jurídicos a los cuales nos referimos en la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES

- CHILE. 1980. Constitución Política de la República de Chile. Edición actualizada al 27 de agosto de 2020.
- CHILE. 1874. Código Penal de Chile. Quinta edición actualizada al 31 de mayo de 2012.
- ESPAÑA. 2010. Código Penal de España. Reformado por D.F. Séptima de la L.O. 5/2010.
- ARGENTINA. 1984. Código Penal de la Nación Argentina. T.O. actualizado. Ley 11.179.

DOCTRINA

- AGUILAR, Cristián. 2006. Manual de delitos sexuales. Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana.
- ALLENDE, Catalina. y VARELA, María. 2012. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ANTON, José y RODRÍGUEZ, José. 1949. Derecho Penal, Tomo II. Madrid, España.
- BASCUÑÁN, Antonio. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho (Nº Especial): 73-94.
- BULLEMORE, Vivian. y MACKINNON, John. 2018. Curso de Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial. 4º ed. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago.

- CARMONA, Concha. La Normativa de los Abusos Deshonestos en el Proyecto de Código Penal Español.
- CARNEVALI, Raúl. 2001. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. Gaceta Jurídica N° 250.
- CARRASCO, Edison. 2007. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales. Revista Ius et Praxis 13(2): 137-155.
- CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD. Los delitos de abuso sexual: Análisis de los tipos penales y aspectos criminológicos.
- COUSIÑO, Luis. 1974. Manual de Medicina Legal, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- COX, Juan. 2003. Los abusos sexuales. Aproximación dogmática. Santiago, Chile. LexisNexis.
- CURY, Enrique. 1982. Derecho Penal. Parte General. 9° ed. Santiago, Chile. Ediciones UC.
- DEL RÍO, Raimundo. 1939. Elementos del Derecho Penal. Santiago, Chile. Editorial Nascimento.
- DIEZ, José. 1985. La protección de la libertad sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. España. Bosch Casa Editorial S.A.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 1997. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. 3° Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- ETCHEGARAY, Nicole. y ARAYA, Lorena. 2004. Delitos sexuales. Estudio esquemático de las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 y 19.927. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile.
- FERNÁNDEZ, José. 2004. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis Código Penal: Una racionalización desde el mandato de lex stricta y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo. Revista Ius Et Praxis 13 (2): 105-135.
- GARRIDO, Mario. 2010. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 4° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- Historia de la Ley N° 19.617. 1999. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación. Biblioteca del Congreso Nacional.
- Informe Comisión Mixta. 1998. Sesión 19, Legislatura 339.
- JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid, España.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. 1993. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4° ed. Granada, España.
- LABATUT, Gustavo. 1959. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Juan y RAMÍREZ, María. 2005. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- MAÑALICH, Juan. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho Penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Revista Ius Et Praxis 20 (2): 21-70.
- MUÑOZ, Francisco. 2019. Derecho Penal, Parte Especial. 22° ed. Valencia, España. Tirant lo Blanch.
- OXMAN, Nicolás. 2015. La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. Revista de Política Criminal 10 (19): 92-118.
- PACHECO, Joaquín. 1848. El Código Penal concordado y comentado, Tomo III. Madrid, España. Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- RODRÍGUEZ, Luis. y SOLARI, Tito. 1979. A propósito de un fallo sobre Abusos Dishonestos.
- RODRÍGUEZ, Luis. 2001. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ, Luis. 2013. Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil. Revista de Derecho 26 (1): 145-166.

- RODRÍGUEZ, Luis. 2016. Delitos sexuales. Reimpresión 2018. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- SERRANO, Alfonso. 2002. Derecho Penal. Parte Especial. 10ª ed. Madrid. Editorial Dykinson.
- SIERRA, Ismael. 2011. Análisis Crítico del Tipo Penal de Abusos Sexuales y de la Figura del Child Grooming a partir de una Interpretación Jurisprudencial del artículo 366 quáter del Código Penal. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- SOLER, Sebastián. 1992. Derecho Penal Argentino, Cuarta Edición, Tomo III. Buenos Aires, Argentina.
- TOBAR, Juan. 1999. Violencia Sexual. Análisis de la Nueva Ley. Temuco. Pehuén Editores.
- VARGAS, Gabriela. 2001. El estupro, la nueva figura penal en la ley 19.617. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- WINTER, Jaime. 2018. Delitos contra la Indemnidad Sexual. 3º ed. Santiago, Chile. DER Ediciones Limitada.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 13 de septiembre de 2003, RIT N° 138-2003.
- Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, 30 de julio de 2005, RIT N° 72-2005.
- Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 14 de octubre de 2008, RIT N° 39-2008.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 11 de julio de 2008, Rol N° 105-2008.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de septiembre de 2008, Rol N° 866-2008.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2008, Rol N° 2225-2008.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de marzo de 2009, Rol N° 2609-2008.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de noviembre de 2008, Rol N° 1337-2008.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de abril de 2014, Rol N° 156-2014.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de agosto de 2010, Causa Rol N° 57-2010.
- Sentencia de la Corte Suprema, octubre de 1979, publicada en el Boletín del Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Valparaíso, N° 77, noviembre-diciembre de 1979.
- Sentencia de la Corte Suprema, 20 de junio de 2005. Revista de Derecho y Jurisprudencia (1).
- Sentencia de la Corte Suprema, 06 de noviembre de 2007, Rol N° 4692-2007.