



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE ESTUPRO

Memoria para obtener grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile

Omaira Montserrat Martel Valerio

Profesor guía Luis Felipe Abbott Matus

Santiago de Chile

2020

A Xabier, Katty y Jorge.

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Victimología	9
1. Victimología	9
1.1 Objeto de estudio	12
1.2 Victimación	14
1.3 Tipos de víctimas.....	16
1.4 La pareja penal.....	19
1.5 Factores Victimológicos.....	20
1.6 Víctimas de delitos sexuales	21
2. Victimodogmática	22
2.1 Auto y heteropuesta en peligro.....	24
3. Pugna con Principios Derecho Penal	25
3.1 Última ratio	25
3.2 Autorresponsabilidad.....	26
3.3 Autonomía voluntad y libre desarrollo de la personalidad	27
5. Victimodogmática en delitos sexuales.....	28
Capítulo 2: Consentimiento.....	30
1. Definición.....	30
2. Psicología.....	30
3. Consentimiento sexual con perspectiva de género	31
4. Consentimiento Adolescente	33
5. Consentimiento en materia Penal.....	36

5.1 Requisitos.....	36
5.2 Efectos sobre el bien jurídico protegido.....	38
6.Ubicación en teoría del delito	39
6.1 Imputación objetiva en tipicidad.....	40
6.2 Antijuricidad	42
Capítulo 3: Estupro	44
1.Historia legal.....	44
2. Tipo penal.....	47
2.1 Bien Jurídico Protegido	48
2.1.1 Discusión bien jurídico protegido.....	48
2.1.2 Importancia bien jurídico protegido para el consentimiento.....	54
2.2 Conducta	55
2.3 Sujeto activo	58
2.4 Faz Subjetiva.....	58
2.5 Sujeto Pasivo.....	58
2.6 Circunstancias y consentimiento en cada una.....	59
2.6.1 Abuso de anomalía y perturbación mental	59
2.6.2 Abuso de relación de dependencia de la víctima	60
2.6.3 Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima	62
2.6.4 Engaño abusando de inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima.....	63
2.7 Clasificación Circunstancias	65
2.8 Consentimiento.....	65
2.9 De la pena	66
Conclusión.....	67

Bibliografía..... 72

Contenidos

Introducción

La elección del tema surgió durante el desarrollo de una pasantía en la unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía Local de Pudahuel: Me di cuenta de que todas las causas de estupro no llegaban a buen puerto para el Ministerio Público, dado que no se lograba acreditar la existencia de un delito, esto, porque la víctima había prestado consentimiento, y además, agregaba que el agresor era su pololo. Ante tal escenario, solo cabía desestimar la acción. Así de simple, sin mayor explicación.

Fuera del mundo del Derecho, el panorama no es tan diferente. La sociedad conoce de estos tópicos a través de los medios de comunicación. En las noticias todos los días vemos titulares que se refieren a situaciones de estupro llamándola relación o pololeo¹.

La repetición del vocabulario mal empleado lleva a que la sociedad siga normalizando un delito y desconozca su existencia como tal, porque cree que una persona de catorce bien puede tener una relación con otra mayor de edad, si la televisión lo dice, la gente lo hace, el mundo lo avala. Esto, sumado a que aún quedan bastiones machistas que consideran que la mujer por el hecho de haber prestado un supuesto consentimiento, decidió ponerse en peligro, y por lo tanto tiene tanta culpa como el otro involucrado. No caben reclamos.

Por lo mismo, el estupro es un delito poco conocido y poco aplicado. Así como se habla de pololeo, los medios hablan de predadores sexuales, perfiles psicológicos, características físicas, incluso se hacen películas y series de ellos. Siempre se le da más énfasis al victimario, cuestión del todo correcta si se busca darles mala publicidad, sin embargo se deja en absoluto abandono a la víctima, desde su caracterización hasta la reparación, con especial acento en aquellas

¹ El día 4 de junio de 2020 el medio de comunicación La Rebelión del Cuerpo denuncia vía Instagram la romantización y normalización de un delito, mediante titulares de prensa que hablan de una relación entre una menor de 14 años y un hombre de 33 < <https://www.instagram.com/p/CBBFKS6AmKs/> > A la fecha, C13, CNN, Radio Bio – Bio, modificaron el vocabulario empleado.

personas que son víctimas delitos en que la víctima tiene una participación activa en su comisión, puesto que la sociedad cree que no existe delito, por lo tanto tampoco una víctima.

A nivel ejecutivo, la Subsecretaría de Prevención Delitos en su base de datos tiene en el buscador “abuso y otros delitos sexuales”, mientras que para los delitos contra la propiedad tiene un sinnúmero de minuciosas distinciones y formas de comisión², dejando en evidencia el poco interés por la problemática. Dentro de la categoría, 1.834 menores de catorce a diecisiete años fueron víctima de abuso y otros delitos de un total de 12.641 denuncias en el año 2019, cifras que evidentemente deberían variar si toda la sociedad fuese consciente de que algunas conductas son constitutivos de delito, y el ordenamiento jurídico fuese más prolijo a fin de conducir a la correcta aplicación de los tipos penales.

Por eso este trabajo, sin ánimo alguno de trasladar la responsabilidad penal a la víctima ni convertir su aquiescencia en un elemento que desvanece la conducta típica; pretende hacerse cargo del consentimiento en el delito de estupro, donde la víctima es un elemento gravitacional para la comisión del hecho ilícito, pero que a la vez se presenta como obstáculo para la conducta típica, puesto que la víctima misma dispone del bien jurídico tutelado.

Para tales efectos, en el primer capítulo se hace un acercamiento a la relativamente nueva ciencia de la Victimología, con especial atención a las tipologías victimológicas y cómo ellas influyen en la realización de la conducta típica antijurídica.

El segundo capítulo analiza el consentimiento de la víctima que deriva en la comisión de un delito, siendo que en la mayoría de los delitos sexuales la falta de consentimiento es precisamente aquello que configura el ilícito. Se pone especial atención en la capacidad para consentir de menores de entre catorce a dieciocho años y su relación con la libertad sexual adolescente.

² Véase Centro de Estudios y Análisis del Delito. 2020. [en línea] < <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/> > [fecha consulta: 25 de mayo 2020].

Finalmente, el tercer capítulo lleva a cabo un análisis exhaustivo del delito de estupro contemplado en el artículo 363 del Código Penal, para demostrar como los conceptos analizados en los capítulos previos inciden en este tipo penal.

Capítulo 1: Victimología

1. Victimología

La Criminología es una “ciencia empírica e interdisciplinar encargada del estudio del delito, del delincuente, de la víctima y de los medios de control social...”³. La víctima es un elemento esencial de esta ciencia, pero recién a partir del siglo XX se le reconoce como tal y se habla de Victimología. Hasta antes de eso, podemos hablar de lo que la historia ha denominado como Victimología invisible, sin perjuicio de que la Criminología y la Victimología existen desde los orígenes de la humanidad, desde que existe la acción criminal.

Las razones para entender su tardío arribo es porque los Estados legaron a la víctima un lugar inapreciable en el ordenamiento, desde que estos ostentan el monopolio de la potestad punitiva, de forma tal que sustituye la autotutela por una intervención pública y despersonalizada, que no tiene tiempo para detallar a su víctima. Su visión solo le alcanza para atisbar la lesión social a través del bien jurídico protegido⁴. El sistema judicial en tanto, las margina, puesto que no da espacio a su participación en el proceso, de modo que solo les queda la autotutela. Por otra parte, la criminología consideró históricamente a la víctima como un elemento neutro, pasivo y estático⁵, porque el origen y final de la criminalidad residía en el infractor, aislado de cualquier fenómeno que pudiese influir en la gestación.

Al periodo de 1948 en adelante se le llama indistintamente Victimología tradicional, clásica, positivista o convencional que inicia con la publicación de “El Criminal y su Víctima” de Hans Von Hentig, el primer referente victimológico, quien plantea que el ilícito criminal es el vínculo que une a la víctima y el autor; haciéndose famoso por el célebre término “la pareja criminal”. La víctima ya no es un elemento estático, ahora se ve como capaz de influir en la estructura, dinámica y prevención

³ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización. 2011. Dykinson. Madrid. 19 p.

⁴ HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Historia de la Victimología. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 53 p.

⁵ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización. 2011. Op. cit. 21 p.

del delito⁶. Sin embargo, Benjamin Mendelsohn es considerado el padre de esta ciencia al publicar “la Victimología” en 1956, quien a la estructura planteada por Von Hentig, agrega que la víctima a su vez no se debe reducir a la esfera delictual, sino ampliar a una configuración del entorno de la misma⁷, cosa que ya había planteado antes en “Nuevos horizontes bio-psico-sociales: Victimología” en 1946⁸. Su publicación, más completa que la de Von Hentig, aprovecha la instancia para plantear la urgente necesidad de promoción y prevención victimal. Esta primera fase se “centró principalmente en las características de las víctimas, sus relaciones e interacciones con sus victimarios, y el análisis de la conducta de la víctima como una variable situacional, como un factor desencadenante, actualizante o precipitante”.⁹

A los planteamientos positivistas se les critica que identifican a la víctima como un sujeto carente de algún elemento biológico, psicológico o conductual, en razón de lo cual cae en un proceso de victimación, por el cual debe ser corregida¹⁰. En palabras simples, por su forma de ser o actuar, la víctima es culpable de su victimación y es ella quien merece corrección.

Por el carácter culpabilizador y estigmatizador, la carencia de fenomenología y la redundancia de la primera etapa, es que aparecen nuevas tendencias en oposición a la Victimología positivista. Se evoluciona de la Victimología del acto a la asistencial. Nace así la Victimología constructivista, promocional o realista, cuyo objeto son los derechos de las víctimas dentro del Derecho Penal, el que debe dar un giro humanizante, dentro de un Estado Democrático que se haga cargo de los derechos de las personas, con especial énfasis a la victimación secundaria a manos del sistema judicial, tratamiento y asistencia, asesoría monetaria y jurídica, y una metodología propia de la que carecía la Victimología positivista.

En forma coetánea y como consecuencia lógica, nace también la Victimología crítica, que complementa las carencias teóricas de la Victimología constructivista,

⁶ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. 2010. Algunas consideraciones Victimodogmáticas en los delitos sexuales. Revista Ars Boni et Aequi. Vol. 6 (2):113 p.

⁷ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 24 p.

⁸ HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Op. cit. 64 p.

⁹ FATTAH, Ezzat. 2000. Victimology: Past, Present, and Future. Criminologie. Vol. 33(1): 22 p.

¹⁰ HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Op. cit. 68 p.

aportando parámetros como la victimización social, la instrumentación de la víctima, y la justicia restauradora.

Actualmente, la Victimología práctica o constructivista está dedicada a entregar protección, asistencia, prevención y reparación a las víctimas¹¹, mientras que la crítica, intenta reinventar los conceptos victimológicos de Von Hentig y Mendelsohn. Ambas ramas operan en forma interdependiente, la ciencia debe dar sustento a la práctica y esta tiene el deber de enseñar a la teoría que la realidad imperante opuesta a las creencias de índole más tradicional¹². La convivencia no ha sido del todo pacífica, “el trabajo humanístico tiende a ser despreciado porque es considerado más propagandístico que científico, y el trabajo científico es despreciado por no estar lo suficientemente orientado a la acción social”.¹³

Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles, prefieren hablar de tipos de Victimología más que de una evolución de una etapa a otra, puesto que ha sido una historia de vaivenes, críticas y discusiones¹⁴.

Sin perjuicio de ello, desde sus inicios y hasta ahora no existe consenso para determinar si se trata de una ciencia independiente que debe analizarse con exclusión de los factores que competen al criminal¹⁵; una rama de la criminología o cuestionar su existencia como ciencia¹⁶. En consonancia con los autores Fattah, Sumalla, Manchiori, Neuman, Sáinz Cantero, Landrove, y Mendelsohn¹⁷ una forma de definir es “disciplina dependiente de la Criminología que se encarga del estudio de las víctimas, no solo las que resultan de la acción delictiva, sino también de aquellas que llegan a serlo sin la intervención de otros.”¹⁸. Morillas agrega...” capaz de

¹¹TAMARIT SUMALLA, Josep. 2006. La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 24 p.

¹²Ibid. 28 p.

¹³ FATTAH, Ezzat. 2015. Víctimas y Victimología: Los hechos y la retórica. En: Serie Victimología 2: Estudios sobre victimización. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 119 p.

¹⁴ Véase Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 73 p.

¹⁵ Véase AMADEO, Sebastián. 2015. La Ciencia Victimológica. En: Serie Victimología 17: Visibilización de la violencia. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 98 – 125 p.

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep. 2006 Op. cit. 16 p.

¹⁷ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 32 p.

¹⁸ VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. 2018 Vademécum de Criminología. Tirant lo Blanch. Ciudad de México. 124 p.

presentar información relevante sobre los procesos de victimización, sus formas de actuación y prevención”¹⁹.

1.1 Objeto de estudio

Como la definición dice, el objeto de estudio de la disciplina es la víctima. Etimológicamente es aquella persona o animal sacrificado, gramaticalmente es una persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita, pero también puede ser una persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.²⁰ Las definiciones anteriores, por si solas son insuficientes, puesto que no deja margen para todas las posibles víctimas imaginables.

La declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder de la Asamblea General de Naciones Unidas, versa que se entenderá por *“víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones...*”

La víctima se estudia en tres dimensiones: en primer lugar, en forma individual, con análisis a sus características y personalidad; en forma conductual, que estudia la conducta asilada del delito y la relación con el, si es que hay un fenómeno delictual; y por último en forma general, como la suma de víctimas y victimizaciones, independientemente de los individuos que la conforman.

Cabe hacer la precisión sobre la dimensión conductual, dado que no necesariamente debe haber una conducta delictiva para que haya una víctima, como en casos de accidentes de trabajo, catástrofes naturales, o ataque de un animal, en que no hay una conducta humana que reprochar.

¹⁹ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 55 p.

²⁰ Ibid. 110 p.

Así mismo, hay conductas humanas dañinas que, aunque tengan víctima no son delito, como el bullying escolar o el maltrato psicológico. El lado positivo es que usualmente esas conductas suelen ser estudiadas desde la Victimología antes y con miras a construir un delito. Un ejemplo claro de esto es los menores de edad víctima de sexting, hoy delito de abuso sexual.

Por eso, se suele distinguir entre víctimas en un sentido amplio y general como “individuo o grupo de personas que padece de un daño por una acción u omisión propia o ajena o por causa fortuita”²¹ y en un sentido estricto o criminal, como un individuo o grupo de personas que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia y/o ajena, aunque no sea detentador del derecho vulnerado”²².

Resulta clave la parte “aunque no sea detentador del derecho vulnerado”, puesto que la víctima no necesariamente será persona que fue objeto del daño. La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para la víctima de delitos y el abuso de poder, versa en el artículo 2, que se incluyen en el concepto a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa, y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima o para prevenir la victimización. En ese mismo sentido, el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 108 del Código Procesal Penal consagra como víctima no solo al ofendido por el delito, sino a cónyuges, convivientes civiles y ciertos grados de parentesco, en casos en que la persona objeto del delito no puedan ejercer sus derechos o haya muerto.

En concordancia con lo último, y para finalizar con el concepto, jurídico penalmente la víctima es el sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido detrás del tipo, que no se debe confundir con el perjudicado, donde también cabe aquella víctima no detentadora del derecho vulnerado.

²¹ Ibid. 116p.

²² Ibid. 116 p.

1.2 Victimación²³

Entre las funciones de la Victimología se encuentra el estudio de la victimación: El proceso por el que una persona llega a convertirse en víctima sufre las consecuencias de un hecho traumático. No es un hecho puntual, por eso es un proceso que engloba conjunto de fases o etapas.

En el se distinguen 3 etapas: La victimación primaria es aquel proceso en que la persona sufre directa o indirectamente los daños físicos y psíquicos del hecho delictual o del acontecimiento traumático, puesto que se trata del ilícito en sí mismo.

Tamarit Sumalla las condensa en los elementos de la victimación primaria en:

1. Factores individuales, género, temperamento, edad, y características del aprendizaje personal.
2. Factores relativos al comportamiento del ofendido y referencias a su estilo de vida
3. Características del ofensor, referido fundamentalmente a la orientación por elegir cierto tipo de víctimas y la oportunidad para cometer el ilícito.
4. Circunstancias espacio temporales
5. Factores sociales, determinados por la estructura social a la que pertenece la víctima²⁴.

La victimación secundaria son los costos personales que tiene para la víctima la participación en el proceso penal, como someterse a exámenes de peritos, el enjuiciamiento, la declaración en juicio, que suele aumentar los padecimientos de la víctima. El proceso de desvictimación tiene relevancia en esta etapa, puesto que cada vez la víctima tiene más derechos dentro del proceso, lo que ayuda a mitigar la victimación²⁵.

²³ Este trabajo se limita al primer nivel de victimación y los otros niveles solo se explican someramente en este apartado.

²⁴ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 128 p.

²⁵ Véase SCHNEIDER, Hans Joachim. 2018. La posición Jurídica de la Víctima del delito en el Derecho y en el Proceso Penal. En: Serie Victimología 22: La víctima y su protección Jurídica – Social. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 80 – 106 p.

La victimación terciaria es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta,²⁶ es decir, la victimización del victimario desde una perspectiva institucional, esto es, el victimario se convierte en víctima de las estructuras sociales y es a través del hecho delictivo que intenta liberarse de la marginación, perpetuada a través de los poderes del Estado y la esfera policial, aunque para Morillas Fernández, solo se trata de un cúmulo de opiniones basadas en el ímpetu del avance victimológico, pero que aún no es tal.²⁷

Posteriormente, viene el proceso de desvictimación, que atiende a la recuperación de la persona después del hecho criminal. “Es el proceso de restitución o resarcimiento del impacto o secuelas que el hecho criminal haya podido generar en la figura de la víctima”,²⁸ en que se consideran los factores biológicos, sociales y psicológicos para dar sustento a la construcción de nuevas políticas de apoyo²⁹, que busquen minimizar las cicatrices dejadas por el hecho traumático del que fue víctima. En concordancia con la actual corriente de Victimología práctica y la Declaración sobre Víctimas de Naciones Unidas³⁰, esta etapa es el objetivo fundamental de la disciplina victimológica.

En ese sentido, la respuesta del Estado no se agota con la reacción punitiva de imponer una pena al responsable del ilícito dado que tiene obligaciones de reparación y restauración. Debe en primer lugar, responder el derecho privado disponiendo de normas que habiliten una compensación económica establecida en favor de la víctima; o bien, a través de fondos de carácter estatal distribuir el costo de victimación entre los ciudadanos³¹, como en casos en que se trata de una víctima de un delito en que no se puede hacer pagar pecuniariamente al delincuente por él.

²⁶ Véase TAMARIT SUMALLA, Josep. Op. cit 30 y 31 p.

²⁷ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. 2011. Op. cit. 131 p.

²⁸ Ibid. 137 p.

²⁹ Sobre políticas de desvictimación véase MANCHIORI, Hilda. 2015. Victimología. Serie 13: Programas asistenciales victimológicos. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 268 p.

³⁰ Sobre Carta Magna de las víctimas véase Conmemoración de la Carta Magna de Naciones Unidas para las víctimas 1985 – 2015. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 196 p.

³¹ LANDROVE DIAZ, Gerardo. 1998. Las víctimas ante el derecho español. Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela. Vol. 21. Cursos e Congresos N°13. 181 p.

Luego, el derecho público debe proteger a las víctimas potenciales y a la víctima específica la repetición de actos de la misma índole. El Estado tiene el deber de informar a la víctima de sus derechos, protegerla adoptando medidas en su favor, hacerla participe del proceso judicial si es que hubiese uno, asistirle psicológicamente a través de los programas designados para tales efectos, reparar el daño causado en lo material e inmaterial³².

Sin embargo, en muchas ocasiones la excesiva burocratización de estos procedimientos o la ignorancia de la ciudadanía respecto de su existencia no permiten su efectiva ejecución, en conjunto con la incapacidad del Estado para abarcar todo el espectro de víctimas, cuyas necesidades van más allá indemnizaciones y garantías de no repetición, sino, requieren trabajo, lugar para vivir, reconstrucción de la familia, y un trabajo técnico dirigido a cada caso particular.³³

Además, Ezzat Fattah propone que la desvictimización no tiene nada de novedoso, dado que el derecho a reparación es reconocido a una amplia variedad de grupos que sufran algún daño. El establecerlo como un proceso especial, solo serviría para aislar a las víctimas al resto de la sociedad, estigmatizarlos como débiles y desvalidos que necesitan una asistencia específica³⁴.

1.3 Tipos de víctimas

La Victimología clásica, centró sus estudios en el desarrollo de tipos de víctimas, agrupándolas en virtud de la forma de actuar ante el delito y sus características particulares, a fin de estudiarlas y darles un valor dentro del delito.

Las primeras tipologías corresponden a la época clásica de la Victimología. De ahí, pueden distinguirse dos grupos: la coadyuvante y la vulnerable.

³²TAMARIT SUMALLA, Josep. 2006. Op. cit 42 y 43 p.

³³ ALLER, Germán. 2016. Tratamiento, Resarcimiento y Reparación a la víctima. En: Serie Victimológica 19: Protección a las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas.130 p.

³⁴FATTAH, Ezzat. 2015. Op. Cit. 116 p.

La **coadyuvancia** de la víctima al hecho criminal es la contribución de la víctima al delito caracterizada por una interacción entre la víctima y el victimario, que se traduce en grados de participación y dirige a un eventual desvanecimiento de la pena.

Destaca en las tipologías de coadyuvancia el autor Mendelsohn, cuyo aporte a la Victimología radica en el desarrollo de tipologías que gradúan la escala de reproche al infractor, toda vez que disminuyen a expensas del reproche que le cabe a la víctima por su conducta, dentro del sistema que él califica como culpabilidad correlativa. Reconoce en la (1) víctima totalmente inocente, aquella que es irrelevante en el juego criminal y por ende la conducta ilícita debe ser reprochada únicamente al autor. (2) La víctima de menor culpabilidad o por ignorancia, en que la víctima participa, pero ignorando que su acción puede llevarla a victimizarse. (3) La víctima tan culpable como el infractor o voluntaria, que aun estando consciente de los resultados de su actuar, se somete a ellos. (4) La víctima más culpable que el infractor, que puede ser provocadora si incita a la comisión del delito o imprudente si es que omite métodos preventivos y se arriesga a ser víctima de un ilícito. Y Finalmente, (5) la únicamente culpable cuya conducta se traduce en la absolución del criminal³⁵. En la víctima por ignorancia, la voluntaria y la provocadora, la responsabilidad penal será compartida entre víctima y victimario y ponderada según la actividad realizada por cada uno.

En ese mismo sentido de responsabilidad compartida y siguiendo los planteamientos del Mendelsohn, destacan Ezzat Fattah, Landrove Díaz en una primera etapa y Morillas Fernández, cuyos aportes novedosos solo radican en más subdivisiones de tipos de víctimas.

La **proclividad o vulnerabilidad** de una persona para ser víctima, incluye a la vulnerabilidad personal denominada de contribución-vulnerabilidad, y la vulnerabilidad social.

³⁵ HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Historia de la Victimología. Op. cit. 66 p.

Las tipologías de **contribución-vulnerabilidad**, se basan en ejes personales que describen el estado de riesgo previo a la victimización real. Por lo tanto, se refiere a la posibilidad de ser lastimado física, social o psíquicamente³⁶.

Von Hentig del siglo XX cabe dentro de esta categoría al hablar de la vulnerabilidad y la contribución de la víctima, en virtud de la cual, una persona está destinada a ser víctima por el solo hecho de existir, natamente, y son sus características las que contribuyen a la realización del ilícito.

En una primera etapa en 1948 desarrolló 11 tipologías de víctimas especialmente vulnerables, en la cual obviamente para el contexto de la época incluye al género femenino. Se trata de un modelo integrador, que, aunque cuestionable, no yerra en considerar a la víctima como un ente multiaxial que incluye caracteres psicológicos, sociales, culturales.

En el mismo sentido Neuman, mantiene los elementos de coadyuvancia Meldelsohniana, pero agrega el riesgo como elemento gravitacional. Inserta a la víctima en el contexto social en que la victimación se perpetra.³⁷ Distingue así, víctimas individuales de las grupales, cuyo comportamiento dentro del ilícito servirá como baremo a la graduación de la culpabilidad que le cabe al delincuente, en la misma forma que lo plantea Mendelsohn.

La **vulnerabilidad en su arista social** es propia de la Victimología crítica por basarse en postulados que defienden la desigualdad de clases y la marginación de minorías como producto de políticas discriminatorias. Estas teorías pasan de una victimación personal, a una victimación como proceso macro en que las instituciones al amparo estatal marginalizan a ciertas categorías de víctimas,³⁸ y aquellas personas cuyos recursos no están a la altura de un medio dado, son vulnerables³⁹. Por eso es por lo que su visión apunta a reconocer tipologías dentro de la segunda victimación.

³⁶ DUSSICH, John P. 2015. La importancia de la Vulnerabilidad para la Victimología. En: Serie Victimología 12: Vulnerabilidad de las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 9 p.

³⁷ HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Victimación. Aspectos generales. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 85 p.

³⁸ Ibid. 84 p.

³⁹ DUSSICH, John P. 2015. Op. Cit. 13 p.

Entre los exponentes de esta clasificación, Zaffaroni, Matti Joutsen y Polaino Navarrete, consideran que cuando nace una persona, el entorno socioeconómico, las desigualdades, los poderes estatales, y el pertenecer o no a una minoría, marcan los procesos de criminalización victimación y desvictimación. Por esta vulnerabilidad, es que existe sorprendente similitud entre la población de víctimas y la población de agresores⁴⁰.

Beristain concentra su atención en procesos de macro victimación derivadas de estructuras sociales o políticas injustas que ante la falta de alternativas de un contexto social diverso caen en un círculo vicioso de la victimación convencional, que alude a la individual de los autores ya revisados.

Para cerrar este apartado, las tipologías victimales no están descartadas del todo, únicamente por considerar el contexto social y los poderes del Estado como factores creadores de víctima. Sin embargo, los vestigios y la vigencia de las teorías propias de la primera Victimología positivista, son mal vistos por la Victimología crítica puesto que estas concepciones trasladan responsabilidad a la víctima a expensas de la que le cabe al criminal, diciendo en forma fácil, que la víctima es tanto o más culpable que el delincuente, porque ella no fue extremadamente precavida, porque provocó o hasta consintió la realización del ilícito.

1.4 La pareja penal

Como se desprende del apartado anterior, relegar todo el proceso victimizador al delincuente sería erróneo, puesto que muchas veces, la víctima a través de su conducta incide en la comisión del ilícito, de hecho, en el caso de estupro, si la víctima no consciente no se genera el tipo. Es por la misma razón que denominar sujeto pasivo a la víctima no sería correcto, cuando muchas veces su actuar es de todo menos inerte.

⁴⁰ Véase FATTAH, Ezzat. 2015. Op. Cit. 96-23 p.

La pareja penal es la relación de la víctima con el victimario en un delito y su estudio es otro de los fines de la Victimología. Para Landrove Díaz existen dos momentos diferenciables dentro del vínculo: antes de la comisión del delito donde las partes se atraen, y después cuando pasan a ser entes antagónicos⁴¹.

Antes de la producción del delito, la primera interrelación debe provenir del grado de conocimiento al desconocimiento que media entre ambas partes. Puede ocurrir que ambos se conozcan, lo cual resulta determinante en ciertos tipos penales como por ejemplo el parricidio, o puede que ninguno conozca al otro como en el caso de las víctimas fungibles.

Luego, la conducta posterior puede variar en cuantas combinaciones sea posible entre la indiferencia entre ambas partes, el rechazo de una u otra, o la aceptación de una de ellas.

El criminal, como sujeto pensante, en un proceso cognoscitivo, capta la información relevante en la reacción de la víctima y según eso dirigirá su actuar. La percepción se limita a la idiosincrasia del autor, sustentada en aprendizajes previos, valores, y experiencias previas⁴². Por eso, se pueden encontrar tantas percepciones de la víctima y tantos grados de control de lo percibido, como criminales en el mundo.

1.5 Factores Victimológicos

Sirven a esta disciplina para medir el riesgo de victimización que tiene una persona e incluso delimitar víctimas vulnerables de una determinada tipología de víctimas.

Los factores endógenos encuentran su origen dentro del sujeto. Dentro de ellos se encuentran los factores biológicos, que para Von Hentig y Landrove Díaz van asociados a los componentes físicos o psíquicos que los hacen más vulnerables a

⁴¹ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. Op. cit. 247.

⁴² Véase capítulo cinco de Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación.

ser víctimas de un delito.⁴³ El sexo como factor endógeno suele ser cultural y malamente determinante de ciertas tipologías delictivas, al igual que la edad, sin perjuicio de que hay delitos que solo pueden tener como víctima a cierto rango de edad como el estupro, o cierto sexo como la violación. Lo mismo sucede con la raza, aunque hoy la tendencia es a hablar de nacionalidad, lo que es incorrecto, porque la nacionalidad no se expresa en término fenotípicos, la raza sí⁴⁴.

Suele darse más espacio al factor psicológico. Rodríguez Manzanera desarrolla minuciosas teorías y clasificaciones que a grandes rasgos son los procesos cognoscitivos (memoria, inteligencia, concentración), esferas volitivas y afectivas, y la personalidad, todas asociadas a la mayor vulnerabilidad antes que a la mayor contribución que una persona puede oponer para ser victimizada.

Por otra parte, los factores exógenos son aquellos que se encuentran fuera del individuo. Se trata de un catálogo extenso que incluye elementos como el parentesco, el estado civil, el nivel económico, la profesión del sujeto, el espacio y tiempo.

1.6 Víctimas de delitos sexuales

Las agresiones sexuales son el delito más frecuente y con mayor impacto psicológico, de hecho, no es exagerado señalar que entre 15% a 20% de las mujeres sufre agresiones sexuales en algún momento de su vida⁴⁵. Con todo, el nivel de denuncias es bajo, lo que revela la existencia de una cifra negra. Como adelanté en la introducción, existe una turbia nebulosa bajo la cual se esconden los delitos sexuales.

La falta de denuncias puede residir en la existencia de temor, vergüenza, falta de apoyo, miedo a no ser creída, la no conciencia de la existencia de un delito, la

⁴³ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. Op. cit. 220.

⁴⁴ 227.

⁴⁵ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y GUERRICA – ECHEVARRÍA, Casiano. 2006 Especial consideración de algunos ámbitos de victimación. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.147 p.

sociedad que hace las veces de un segundo victimizador o represalias de parte del agresor, que en la mitad de los casos suele ser una persona conocida.

Las peculiaridades que convierten a una persona en una víctima de riesgo son sociales o culturales. Las mujeres suelen ser agredidas dentro de los 16 a 30 años, quienes por estilo de vida suelen estar expuestas a situaciones de riesgo, como salidas nocturnas, viajes frecuentes, relaciones sociales amplias. Se convierte en una víctima de riesgo más fácil si ha sido victimizada durante la infancia, presenta un déficit en su personalidad, afectada por drogas, alcohol o una discapacidad mental. Se incluyen también factores psicológicos como estar enamorada de un agresor sexual.

2. Victimodogmática

La Victimodogmática es una disciplina enlazada con la Victimología académica o crítica⁴⁶, que destierra la dicotomía entre teoría y práctica para abogar por el entendimiento entre ambos⁴⁷, que estudia “la incidencia, desde el punto de vista dogmático, del comportamiento y actitudes de la víctima en la determinación de la responsabilidad del autor”⁴⁸. Es clave entenderlo como una incidencia en la determinación de la responsabilidad penal, es decir, sin dudar que va a haber responsabilidad, dado que corrientes más cercanas a la primera etapa de la Victimología contemplan la exclusión de responsabilidad como una de las consecuencias posibles ante el comportamiento de la víctima⁴⁹.

Se trata de una relación de género-especie con la Victimología, dado que la rama en cuestión estudia un rango menor de comportamientos de la víctima, solo aquella parte que ha influido en la dogmática jurídico-penal al provocar o favorecer el

⁴⁶ Algunos autores niegan su existencia, ya que consideran que la dogmática penal se hace cargo de este problema y consideran innecesario la creación de una nueva ciencia. Véase Germán Aller, Cancio Meliá,

⁴⁷ Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimación. Op. cit. 83 p.

⁴⁸ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2010. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría Unívoca) Revista Derecho Penal y Criminología. Vol. 31 (90): 97 p.

⁴⁹ Véase definición de VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. Op. cit. 124 p.

hecho delictivo, creando una corresponsabilidad que influye en la calificación jurídico penal del autor⁵⁰. Queda, pues, fuera de las preocupaciones teóricas de esta corriente el estudio de la relación entre el autor y la víctima⁵¹.

Los planteamientos Victimodogmática suelen analizarse a propósito de los delitos de relación⁵², en que la víctima puede disponer del bien jurídico que se tutela⁵³; como la estafa en los delitos patrimoniales, o en el estupro, delito sexual objeto de esta memoria, a fin de determinar la exclusión de la responsabilidad del autor o la atenuación de la misma.

Esta disciplina parte de la base que la víctima puede influir en su propia victimación⁵⁴, lo que, en un principio, antes del nuevo feminismo, trajo una restricción a la aplicación del derecho penal, incluso hasta el punto de erradicarla⁵⁵ bajo “el temido arte de culpar a las víctimas, negando los principios básicos de la Victimología que, desde su nacimiento son pro-víctimas”⁵⁶, toda vez que se estaría utilizando la Victimodogmática como forma de segunda victimación⁵⁷.

Hoy en día, es clave no caer en el dilema victimodogmático de Frommel⁵⁸. Se debe establecer un balance entre dos intereses. La conducta de la víctima no puede ser sinónimo de eliminar la antijuricidad, como tampoco toda la responsabilidad ha de caer en el autor, puesto que, si la víctima no hubiese consentido, el ilícito no se habría perpetrado.

Dar aplicación al dilema de Frommel significa un retroceso a postulados victimológicos-positivistas, puesto que nos encontramos ante la pretensión de

⁵⁰ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 2012. Derecho Victimal y Victimodogmática. Eguzkilore. San Sebastián. (26): 136 p.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 1990. La victimo-dogmática en el derecho extranjero. Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián. San Sebastián, España. 107 p.

⁵² SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. 2010. Op. cit. 112 p.

⁵³ ALLER, Germán. 2015. Derecho Penal y Victimodogmática. En: Serie Victimología 10: Ley y Víctima. Panorama internacional. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 124 p.

⁵⁴ Ibid. 114 p.

⁵⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. 1998. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. 1998. Las víctimas ante el derecho español. Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela. Vol. 21. Cursos e Congresos N°13. 174 p.

⁵⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 2012. Op. Cit. 137 p.

⁵⁷ Concordante con la definición que acepta como posible la exclusión de responsabilidad del autor gracias al comportamiento de la víctima

⁵⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 1990. Op. Cit. 105-112 p.

encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático, que podría significar una reversa en la protección penal, al castigar a la víctima y dejarla sin protección.

En la práctica, la Victimodogmática actual lleva a considerar la conducta de la víctima en forma general a la hora de calcular la pena, pero siempre dentro del marco penal típico. Puede disminuir elementos del tipo, pero jamás sobrepasar la mera atenuación⁵⁹. Roxin, de hecho, propone que “no existen datos que demuestren que el legislador haya querido hacer depender del merecimiento o la necesidad de una pena con carácter general de que la víctima adopte las medidas de auto protección exigibles”.⁶⁰

Ya no tienen cabida las posturas radicales de Schünemann, Hassemer o Amelung,⁶¹ quienes aceptan la exención de responsabilidad del autor a costa de la conducta de la víctima.

2.1 Auto y heteropuesta en peligro

En principio, si la víctima se pone a sí misma en peligro (autopuesta), la participación del autor se trataría de una lesión no punible⁶², dado que la conducta de la víctima elimina la imputación objetiva del resultado y por tanto la existencia del delito.

Si el titular del bien jurídico emprende con un tercero una actividad que pueda lesionar el bien jurídico protegido, es decir una heretopuesta, la actividad será preferentemente imputada a la víctima, mientras permanezca dentro de lo

⁵⁹ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2010. Op. cit. 97 p.

⁶⁰ Ibid. 175 y 176 p.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 1990. Op. Cit. 109 p.

⁶² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. 2019. De nuevo, sobre la heteropuesta en peligro consentida. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas. 2019 (2).

concertado por ambos actores, mientras el autor no tenga un deber de protección o mientras el delincuente no se aproveche de la situación⁶³.

En tanto, si se trata de una puesta en peligro ajena, por mucho que sea aceptada o consentida por el afectado en principio es punible⁶⁴, salvo si la persona puesta en peligro es consciente en igual medida que el agente que le pone en peligro. A eso se le debe agregar que el daño sea consecuencia de lo que la persona acepta y que la persona tenga la misma responsabilidad por actuación que quien le imputa el delito. De esta forma, la punibilidad de la conducta suele ser eliminada.

3. Pugna con Principios Derecho Penal

Una de las finalidades del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos. Ello, habilita al poder punitivo del Estado para sancionar conductas cada vez que se vulnera un bien jurídico protegido.⁶⁵ Sin embargo, la Victimodogmática, al asignarle un valor jurídico a la conducta de la víctima dentro del delito, pugna con principios que son de la esencia del Derecho Penal.

3.1 Última ratio

Schünemann propone que, en el ámbito de los tipos penales, “debe excluirse la punibilidad de todos los comportamientos frente a los cuales la víctima no merece ni necesita de protección, toda vez que ella misma sería capaz de protegerse suficientemente si solo quisiera”⁶⁶. El ciudadano solo necesita al Estado en aquellas circunstancias que no sea capaz de proteger el bien jurídico con sus propias fuerzas.

⁶³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control de riesgo. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 6 (74): 65 p.

⁶⁴ Ibid. 62 p.

⁶⁵ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos. Maestría en Derecho Penal. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 12 p.

⁶⁶ ALLER, Germán. 2015. Op. Cit. 126 p.

Cabe prevenir que se trata de una posición minoritaria, de autores de corte liberal que intentan reducir al máximo la intervención del Derecho Penal.

La última ratio y la subsidiariedad del Derecho Penal no significan dejar en desamparo a la víctima, significa que no se puede imponer una pena si el Estado tiene a su disposición medios menos gravosos para solucionar conflictos sociales, por eso, para este principio la pugna no es tal, puesto que la última ratio sigue vigente.

3.2 Autorresponsabilidad

A raíz del principio de última ratio, la Victimodogmática se ha esforzado por elaborar un principio propio de esta rama para fundar la exclusión de la responsabilidad del autor.⁶⁷ Así nació el principio de auto responsabilidad, como un criterio autónomo que excluye el injusto o bien, el tipo⁶⁸.

Su fundamentación viene del concepto de libertad humana, del ciudadano como sujeto autónomo y el cuidado preferente que este tiene en la protección de los bienes jurídicos que le son propios⁶⁹.

Este principio, funciona como regla de interpretación de los tipos penales⁷⁰, y promueve que la víctima adopte medidas de protección, pero si no lo hace, la conducta dejará de ser importante para el Derecho Penal. No se trata de exigir un imposible, por eso, solo corre en casos en que la víctima ante un riesgo concreto y relevante decida exponerse al riesgo y no tomar medidas de precaución, en cuyo caso, no quedaría protegido y por lo tanto la conducta del delincuente se transforma en atípica.

La víctima tiene derecho a disponer del bien jurídico tutelado por un tipo penal, sin embargo, eso no la hace desmerecedora de protección, como el caso de una

⁶⁷ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. 2010. Op. cit. 116 p.

⁶⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Op. Cit. 64 p.

⁶⁹ Ibid. 65 p.

⁷⁰ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2010. Op. cit. 98 p.

persona que no actúa responsablemente. Ningún comportamiento de la víctima puede ser de tal entidad para dejarla sin protección. Entenderlo de forma diversa, significa desnaturalizar las bases del derecho penal, y abandonaría la protección del individuo al arbitrio del juez.

En el otro extremo, no autorizar al individuo a disponer de lo propio implicaría volver a un Estado paternalista que viola el derecho a la autodeterminación, y donde se hace todo para el ciudadano, pero sin él.

Por eso, la postura mayoritaria considera el principio de autorresponsabilidad en una forma atenuada, donde la culpa podría dividirse entre ambos agentes de la pareja penal, pero ojo, solo en casos que la víctima asume el riesgo inconsciente.⁷¹ Básicamente, esta corriente recoge los postulados victimológicos de Mendelsohn.

3.3 Autonomía voluntad y libre desarrollo de la personalidad

El principio de la autonomía de la voluntad reconoce a toda persona como un sujeto libre y autónomo cuyas decisiones serán respetadas, dado que se le reconoce la capacidad para hacerlo. El liberalismo asume que los adultos “normales” tienen la capacidad de autodeterminación personal y que es, por lo tanto, apropiado reconocerles el derecho de autodeterminación⁷².

En ese mismo sentido, el Derecho en general, protege el libre desarrollo de la personalidad, según lo cual, la rama Penal, no podría interferir en la interioridad psíquica del ciudadano, para acoplarlo con los intereses del Estado.⁷³

⁷¹ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. 2010. Op. cit. 120 p.

⁷² NEWDICK, Douglas. 1992. Poder y consentimiento. Reduccionismo, dialéctica y la teoría del consentimiento. Spunk-press Online Library. [en línea] < <http://dftuz.unizar.es/externo/a/files/anarqu-95003.htm> > [fecha consulta: 18 de noviembre de 2020].

⁷³ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. Op. Cit. 19 p.

Si en la pugna entre Victimodogmática y ambos principios ganara la primera, cualquier tipo de lesión llevaría como consecuencia a la atipicidad, siempre que los actos del ofendido sean libres y conscientes contra el propio bien jurídico.

Por eso, para este principio, el Derecho Penal no reprimiría el sacrificio de los bienes por parte del titular, y la participación de terceros en actividades autolesivas se castiga en forma excepcionalísima, como en el auxilio al suicidio.

3.4 Alteridad e identidad

Se crea este principio para fundamentar materialmente que las autopuestas en peligro en principio carecen de imputación objetiva, mientras que las heteropuestas en peligro si es imputable cuando concurren los requisitos.

Emana del Derecho Romano, según el cual si no existe identidad entre la víctima y el agresor existirá responsabilidad, porque parte de la base que si uno se daña a si mismo eso no afecta la conveniencia externa y por tanto al Derecho. Difiere del principio de protección exclusivo de los bienes jurídicos, dado que este supone un daño ajeno y no basta su inmoralidad⁷⁴.

5. Victimodogmática en delitos sexuales

La Victimodogmática no tiene cabida en todos los delitos sexuales, únicamente lo tendrá en aquellos en que la víctima presta anuencia a la realización del acto sexual.

Es menester recordar que la vida y conductas pasadas de la víctima no la hace indigna de protección. Además, el derecho penal es un derecho de actos, no de autor.

⁷⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Op. Cit. 71 p

Luego, para reducir aún más campo, solo puede considerarse para aquellos en que la víctima es de aquellas personas que pueden realizar un acto sexual en forma libre. Por eso, estos planteamientos no tienen cabida en aquellos delitos que contemplan una víctima que no se le reconoce capacidad de consentir un acto sexual, como, por ejemplo: personas menores de catorce años o personas con algún trastorno o enajenación mental. Quienes se drogan para mantener relaciones sexuales no tienen espacio dentro de actos liberae in causa, lo que queda fuera del campo penal.

Así, las víctimas solo serán personas que pueden ser engañadas o coaccionadas para realizar acceso carnal o acto de significación sexual. Los delitos son estupro, violación o abuso sexual.

La utilización del término víctima provocadora utilizada por victimólogos en materia de delitos sexuales no puede ser mal entendido, porque no se refiere a la forma de vestirse o provocar la comisión de este tipo de delitos. Los casos, más bien, son aquellos en que la víctima incita o propone mantener una relación sexual, y antes de empezarla decide no continuar, lo que lleva al sujeto a forzarla o mantenerla. Esto para los casos de abuso sexual y violación.

La víctima contribuyó a la lesión del bien jurídico protegido, pero no caben dudas sobre la existencia de un delito, porque el actuar de cierta forma, no hace a la víctima perder su libertad sexual.

El único problema, es la dificultad probatoria que poseen los delitos sexuales, en que es extremadamente difícil probar la falta de consentimiento, o la existencia de uno viciado.

Capítulo 2: Consentimiento

1. Definición

Una de las posibles conductas de la víctima que pueden ser estudiadas en la Victimodogmática es el consentimiento, puesto que, con él, la víctima se pone en peligro a sí misma a través de la renuncia de protección al bien jurídico protegido.

Según la RAE consentimiento es la “manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”. Consentir es “permitir algo o condescender en que se haga”.

A medida que se profundiza en el Estado de Derecho, se amplía más el consentimiento, y por tanto, la no intervención del Estado, en razón de la autonomía ética que se le reconoce al ciudadano⁷⁵, que se condicen con lo esgrimido en el principio de autorresponsabilidad.

2. Psicología

Para esta ciencia social consentimiento es la “aceptación verbal o no verbal dada libremente por el sentimiento o voluntad de participar en una actividad sexual.”⁷⁶ Parte desde la negociación entre dos personas que intercambian deseos y necesidades, por eso, supone ausencia de vicios, abusos y falta de consentimiento. El punto negro dentro de la definición es que la aceptación no verbal puede inducir a malentendidos, porque los hombres suelen malinterpretar o sobre percibir la disposición a mantener relaciones sexuales, sobre todo en relaciones de pareja. Por eso, la única forma de mostrar aceptación es decir “sí”.

Con todo, el consentimiento es una institución laxa, alejada de la distinción de sí/no, que supone cambios en la subjetividad de los agentes a lo largo de una misma

⁷⁵ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2010. Op. cit. 102 p.

⁷⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli. 2016. Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. Revista Mexicana de Sociología. México. Vol. 78 (4): 751 p.

relación. Lo relevante, es que el proceso sea libre, para evitar violencia sexual, coerción y relaciones no deseadas.⁷⁷ El problema es que natural e inconscientemente pensamos en una mujer como el sujeto llamado a consentir, quien no es completamente libre para negarse, puesto que los hombres suelen tener más fuerza física, poder económico y político.

En oposición a la tesis anterior, el post-feminismo, específicamente Anastasia Powell, critica a la Victimología que hace a todas las mujeres víctimas, por el solo hecho de expresar un género femenino. Por el contrario, esta teoría estima que las mujeres somos agentes sexuales libres, autónomas y responsables, y que el consentimiento es un proceso individual determinado por elementos culturales que se experimenta como individual⁷⁸.

3. Consentimiento sexual con perspectiva de género

En el Derecho Penal chileno el consentimiento se da por sentado. Este sucede cuando dos personas o más están de acuerdo en realizar una práctica sexual de forma determinada en un momento específico y, al contrario, el consentimiento está ausente si media alguna circunstancia de la violación comprendida en el artículo 361. Así, el ordenamiento jurídico chileno solo reconoce la falta de consentimiento cuando media fuerza, privación de sentido o se trata de personas que no pueden consentir. Todo lo demás, es consentimiento. El problema es que el legislador se equivoca.

Dicha concepción se enmarca dentro de un contrato sexual⁷⁹ que naturaliza la superioridad sexual masculina, donde mujeres podemos resistir o conceder y los hombres pueden buscar activamente el consentimiento femenino⁸⁰, perpetuando la dominación masculina en desmedro de los derechos sexuales del resto de las personas. Como muestra de ello, el acceso carnal al cual refieren los delitos de

⁷⁷ PÉREZ HERNÁNDEZ, Yoliliztli. 2016. Op. cit. 752 p.

⁷⁸ Véase Ibid. Apartado Sociología.

⁷⁹ Véase Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. 2013. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Santiago. 48 p.

⁸⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, Yoliliztli. 2016. Op. cit. 742 p.

estupro y violación están pensados para ser ejecutados por un hombre. Esto se inscribe en la dinámica de que el hombre debe mostrar su virilidad.

Se relega al género femenino la responsabilidad de establecer límites a una actividad sexual que no le es propia y no considera acciones de quien recibe, pide o vulnera el consentimiento, presentando el fenómeno como si fuera natural y se basara en atributos personales aislados del contexto sociocultural y las experiencias de las personas jurídicamente capaces⁸¹. A los atributos personales que se refiere son los genitales. Así, las mujeres somos entrenadas para controlar la actividad sexual de los varones, y estos, son educados para acumular experiencia sexual y tomar la iniciativa⁸².

Sin embargo, en materia de delitos sexuales contra quienes pueden consentir, nuestro ordenamiento protege la libertad sexual, que comprende el realizar todo acto sexual consentido, y no realizar conductas que no se quieren. La perspectiva actual del Código Penal, empapada de usos patriarcales, obliga a la mujer a oponerse a actos sexuales forzosos, cayendo en una doble victimación y encima a manos del órgano legislador. En ese sentido, es que la libertad sexual la protege solo en papel, porque la protege de la fuerza, y no es capaz de entender que el consentimiento y la violencia no son una dicotomía, son conceptos excluyentes.

Resulta paradójico que el derecho como herramienta poderosa para mejorar la condición femenina es una de las expresiones más radicales y “peligrosas” de la cultura masculina⁸³.

El consentimiento sexual parece ser un fenómeno excluyente para los hombres y propio de las mujeres. Por eso, una forma objetiva de entender la problemática debe partir de un enfoque de género, tomando en consideración el contexto inmediato del delito y desafortunadamente, las relaciones asimétricas entre hombre y mujer.

⁸¹ Ibid. 751 p.

⁸² Véase JONES, Daniel. Sexualidades adolescentes: amor, placer y control en la Argentina contemporánea. Buenos Aires. Ediciones Ciccus. 55 p.

⁸³ Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. 2013. Op. cit.. 51 p.

La idea que recoge el Código Penal chileno va quedando obsoleta gracias a los nuevos planteamientos teóricos menos restrictivos del consentimiento, en que la fuerza, no es la única forma de falta de consentimiento.

4.Consentimiento Adolescente

La asamblea General de Naciones Unidas en la Convención Internacional de Derechos del Niño, entiende por niño toda persona menor de 18. En tanto, el ordenamiento jurídico chileno le da un estatus diferente a los menores de entre 14 y 18: impúberes, a quienes la Ley les reconoce capacidad para consentir⁸⁴.

La misma Convención, convierte a los niños en sujetos de derecho internacional en forma vinculante, garantizando a los niños los mismos derechos que a las personas mayores de edad⁸⁵. Por lo tanto, se les reconoce libre determinación de identidad e identidad sexual, lo cual es un espectro amplísimo, pero en lo relativo a este trabajo significa que el impuber puede tener relaciones sexuales si quiere, dado que ni la sociedad, ni su familia ni el Estado no pueden decidir por él, ni coártales su libertad personal y desarrollo⁸⁶.

El ordenamiento jurídico le reconoce a los menores púberes la capacidad de consentir, eso incluye el ámbito sexual, dejándolos abiertos a que puedan aceptar y también rechazar actos sexuales⁸⁷. En ese sentido, la libertad sexual solo será lesionada en la medida que el comportamiento sexual se haya observado contra su voluntad o sin ella⁸⁸.

Empero, siempre ha sido complicado el reconocimiento de derechos en niños, dado que se desconoce su titularidad y se le asigna a quien tiene la facultad de

⁸⁴ Véase apartado 5.1 sobre requisitos del consentimiento válido.

⁸⁵ Véase NARES HERNANDEZ, José Julio. 2019. Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia. Año 4, (12): 117 p.

⁸⁶ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. Op. cit. 54 p.

⁸⁷ En Capítulo 3, apartado 2.1 se trata la libertad sexual en profundidad.

⁸⁸ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. Op. cit. 16 p.

protegerlos o representar al menor.⁸⁹Entonces, se retorna al desconocimiento de los derechos por parte de la familia, quienes niegan los derechos sexuales del menor, hasta que cumpla la mayoría de edad⁹⁰.

Sin embargo, no se entiende que el reconocimiento de la capacidad de determinarse progresivamente, no implica desprotección⁹¹. Por eso, en Chile, quienes tienen entre 14 y 18 años se les otorga capacidad para consentir, o sea, están un peldaño más arriba que los menores de catorce, toda vez que se encuentran en la adolescencia: una etapa o periodo biológico, psíquico, sexual y social que parte alrededor de los 12 y termina 10 años después, identificado como la “transición física marcada por el inicio de la pubertad y la terminación del crecimiento físico y cognitivo con los cambios de forma del pensamiento abstracto”⁹²

Físicamente aparecen caracteres que prepara al individuo para el acto sexual. Psicológicamente, se traduce en el conocimiento, curiosidad e intenciones sobre la sexualidad. Socialmente, implica involucrarse sexual y afectivamente con otras personas⁹³. Es decir, las personas dentro de este rango etareo están aptos para la vida sexual de relación, aptos para la reproducción y comprenden el significado de una relación sexual.

Aunque a los doce años existe cierto desarrollo físico, no necesariamente emocional, por eso los tratados internacionales rechazan que sea bajo los 14 años⁹⁴.

Como etapa fundamental en el desarrollo de la vida, no corresponde limitarla mientras se ejerza en forma sana y responsable; y en lo relativo al Derecho Penal, no puede este convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los derechos del menor,

⁸⁹ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. 2016. Los derechos de salud sexual reproductiva de los menores de edad en los derechos fundamentales. *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*. Vol. 2 (2): 216 p.

⁹⁰ Se protege la identidad sexual como si se tratara de indemnidad sexual en tanto se desconoce la capacidad para consentir incluso después de los 14 años. Véase capítulo, apartado 2.1.1.

⁹¹ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. 2016. Op. cit. 228 p.

⁹² ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. Op. cit. 45 p.

⁹³ Véase NARES HERNANDEZ, José Julio. 2019. Op. cit. 118 y 119 p.

⁹⁴ Véase *ibid.* 130 p.

salvo conductas de adultos atenten contra su salud sexual o pongan en riesgo su dignidad⁹⁵.

Hasta ahora, todo lo enunciado suena de plena lógica si el contacto sexual se da entre menores. Empero, el tema de esta memoria de grado, se trata del consentimiento del menor y su libertad sexual en tanto tiene contacto con personas que no se encuentran dentro de su mismo rango etario conforme al Derecho⁹⁶.

Supongamos que una persona de entre 14 a 18 años, mantiene relaciones sexuales consentidas y libres de vicio, con otra mayor de edad, con una diferencia considerable de edad. ¿Tiene cabida la libertad sexual del adolescente?

Las transformaciones sociales han evolucionado de la sexualidad dentro del matrimonio a una sexualidad no reproductiva, cuya finalidad es la felicidad y el deseo, rechazando conductas violentas, de engaño y el abuso en cualquier forma. En ese sentido, autores sienten que “convertir en pederastia cualquier contacto sexual con un menor maduro sin establecer criterios que delimiten la dañosidad de la conducta... asegura la pervivencia de un modelo con evidente contenido moral...⁹⁷”. En palabras simples, el adolescente podría tener relaciones sexuales con una persona con diferencia considerable de edad.

Concuerdo con esta posición en cierta medida, única y exclusivamente porque si nos encontramos con una relación con semejante diferencia de edad, el adolescente no estaría ejerciendo su libertad sexual, puesto que es evidente que existirá a lo menos, abuso de una situación de superioridad de parte de la persona mayor de edad. Es decir, nunca se daría el supuesto de falta de dañosidad, porque una relación sexual de tal entidad, puede traer como consecuencia sentimiento de culpa, ansiedad e incluso trastornos que dañen al sujeto en su vida adulta⁹⁸.

⁹⁵ NARES HERNANDEZ, José Julio. 2019. Op. cit. 121 p.

⁹⁶ El capítulo 3 detalla extensamente el delito de Estrupo, en que existe acceso carnal consentido entre persona mayor de edad y otra impúber.

⁹⁷ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. 2016. Op. cit. 225 p.

⁹⁸ NARES HERNANDEZ, José Julio. 2019. Op. cit. 127 p.

5.Consentimiento en materia Penal

Los primeros antecedentes son de Ulpiano, quien consigna el aforismo “nulla iniuria ets, quae in violentem fiat” (lo que se realiza con voluntad del lesionado, no constituye injusto), mediante el cual se señala que el consentimiento de la víctima excluye el delito, pero solamente el de injuria⁹⁹. Jamás como una regla general, sin perjuicio que con el avance del tiempo se hace extensible a demás delitos de carácter privado.

El ordenamiento jurídico chileno no regula el consentimiento de la víctima como tal, pero ha sido entendido por la doctrina como “aceptación o permiso libre y consciente por parte del particular afectado por la acción típica para que otro realice esa conducta”¹⁰⁰.

Con una opinión disidente Etcheberry, cercano a la noción de Ulpiano, y con nula consideración de la realidad, estima que el consentimiento del interesado transforma cualquier conducta en lícita. Además, se refiere a interesado y no víctima, porque no existe delito.

El resto de la doctrina nacional es conteste en que la víctima puede consentir solo si se trata de bienes jurídicos disponibles¹⁰¹.

5.1 Requisitos

Los requisitos de un consentimiento eficaz son:

⁹⁹ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2013. El Consentimiento en Materia Penal. Derecho Penal y Criminología. Vol. 33 (95): 31 p.

¹⁰⁰ ROJAS VICUÑA, Natalia. Delitos sexuales. 2020. El consentimiento y el perdón de la víctima: un análisis del delito de estupro. Editorial Hammurabi. Santiago. 18 p.

¹⁰¹Véase ibid. 18 y 19 p, posee recopilación de opiniones de una misma línea en la doctrina nacional.

1.- Titularidad: Por regla general, solo puede prestar consentimiento el titular del bien jurídico protegido, por eso, es aplicable únicamente en delitos que protegen bienes jurídicos individuales. Solo en casos excepcionales se permite que un tercero autorice el hecho, como el caso de consentimiento presunto.

2.- Anterior a la acción: De ser posterior se la llama perdón, el cual no excluye la tipicidad del hecho. En los delitos sexuales, el ejecutar una acción sexual con consentimiento y que luego se ejecuten actos diversos no elimina la tipicidad de la acción¹⁰².

3.- Capacidad: “Para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y o perjuicios que el acto puede acarrear”.¹⁰³

No se requiere capacidad para celebrar actos y contratos, se requiere comprender el alcance de los actos. El sujeto debe “comprender la significación del consentimiento respecto de la acción que lesionará con el objeto de esta.”¹⁰⁴

En materia penal, la capacidad para consentir es a los 14 años, dado que el sujeto víctima al alcanzar dicha edad puede consentir en ser accedido carnalmente, y ello será impune si no se incurrió en alguno de los comportamientos que la ley contempla como excluyente de un verdadero consentimiento, aunque este sea anómalo.

4.- Libertad y conciencia: El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño. Solo de esa forma elimina la lesión del bien jurídico.

5.- Exteriorización: Sin ello, no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas. La manifestación puede ser expresa o tácita, esta última, a través de una actitud pasiva de aceptación.

¹⁰² OXMAN VÍLCHES, Nicolás. 2015. La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. Política criminal. Vol 10. (19): 96 p.

¹⁰³ RÍOS ARENALDI, Jaime. 2006. El consentimiento en materia penal. Política criminal Vol 6. (1): 9 p.

¹⁰⁴ ROJAS VICUÑA, Natalia. 2020. Op. cit. 26 p.

Este requisito suele ser el más polémico del consentimiento, puesto que no se debe confundir la expresión tácita del consentimiento, con el requerir oponerse a la acción, como el caso de delitos sexuales en que no se necesita voluntad contraria al acceso carnal, solo se necesita ausencia de voluntad.

Las actitudes pasivas no son sinónimo de aceptación, pueden ser estimados como supuestos de no-consentimiento del sujeto pasivo. Dicha consideración abre camino a la protección penal de quien ha prestado colaboración a la realización de acciones de significación sexual procuradas con engaño o sobre el contenido específico del acto sexual¹⁰⁵.

5.2 Efectos sobre el bien jurídico protegido

Detrás de cada delito existe un bien jurídico protegido que fundamenta la imputación penal. Para imponer una sanción deben verificarse los requisitos ya enunciados del consentimiento, para luego examinar si se trata de un consentimiento eximente de responsabilidad.

En concordancia con los postulados victimodogmáticos atenuados, la doctrina dominante hoy para que el consentimiento sea eficaz requiere que se trate de un bien jurídico disponible. La Ley no señala qué bienes jurídicos protegidos son disponibles, pero se entiende que son aquellos que “solo le interesa al titular; no lo será, por el contrario, si compromete además el interés de la comunidad general, o solo el de esta”¹⁰⁶, toda vez que consentir¹⁰⁷ es un acto individual. Entre los bienes considerados por la doctrina como disponible se encuentra la integridad física, el honor, la privacidad o la libertad sexual.

¹⁰⁵ OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. 2015. Op. Cit. 97 p.

¹⁰⁶ ROJAS VICUÑA, Natalia. 2020. Op. cit. 29 p.

¹⁰⁷ Recordemos del capítulo anterior que disponer/consentir no es sinónimo de desprotección de parte del ordenamiento.

En el caso específico de delitos sexuales, la no disponibilidad del bien, está dado por las modalidades que contemplan dichos tipo, en que se ve restringida la posibilidad de la víctima de disponer del bien.

Sin embargo, este criterio se torna insuficiente considerando que el Derecho Penal no puede dejar sin protección a cierto grupo de personas, por eso habría que estarse a cada tipo penal para decidir.

El tema en cuestión, se encuentra empapado de condicionamientos ideológicos para considerar que bienes son disponibles por el titular. Suelen ser controvertidos la vida, la libertad sexual, o el patrimonio.

Otra solución reconocida en la actualidad se da conforme al artículo 5 de la Constitución Política de la República, en virtud del cual, no se podrá afectar derechos inherentes a la persona humana, ni siquiera por el consentimiento de la misma, sin embargo es imprecisa, y entre los derechos inherentes a la persona humana está la autonomía de la voluntad, de forma que no podría considerarse como criterio adecuado.

En razón de ello, es que ha de estarse al primer criterio enunciado, atendiendo a cada tipo penal. Eso significa que el baremo está definido por la política criminal, basados en la extensión de la pena a aplicar y la peligrosidad criminal.

6.Ubicación en teoría del delito

Se discute cual es el lugar que tiene el consentimiento de la víctima dentro de la teoría del delito. La concepción tradicional concluye que el consentimiento justifica la conducta que vulnera el objeto de tutela penal¹⁰⁸, sin embargo hoy la respuesta no es unívoca.

¹⁰⁸ ALLER, Germán. 2015. Op. Cit. 124 p.

Luego de despejar si el tipo de delito admite la renuncia al bien jurídico, atendida la disponibilidad de este último, debemos examinar si opera dentro de la tipicidad o dentro de la antijuricidad.

Al respecto, existen dos teorías. Con la pretensión de abarcar cuantas más hipótesis fácticas sea posible, la teoría dualista considera que el consentimiento puede actuar como tipicidad o antijuricidad dependiendo del delito de estudio. En cambio, la teoría unitaria, tiene como fin reunir la totalidad de los supuestos de hecho en donde puede intervenir la voluntad del interesado, solamente como causal de atipicidad¹⁰⁹.

6.1 Imputación objetiva en tipicidad

La teoría unitaria del consentimiento avoca toda su atención a esta hipótesis, fundamentando con la concepción más liberal y menos rígida del bien jurídico protegido, que los considera como auto determinables. Camilo Machado¹¹⁰ sostiene que no existe imputación objetiva cuando el autor no ha generado un riesgo desaprobado por el derecho, sino que la víctima lo ha hecho, cualquiera sea la medida de ese riesgo. El autor entiende que no se trata de un problema de disposición de bienes jurídicos por parte de la víctima, si no que estamos en la manifestación máxima del libre desarrollo de la personalidad¹¹¹.

Roxín¹¹², dentro de la misma teoría, establece que lo que verdaderamente se tutela en las normas penales que protegen bienes jurídicos individuales, es el dominio autónomo del titular sobre una esfera que les corresponde, y no la integridad per se de esa esfera.

Quienes afirman que el consentimiento tiene cabida dentro de la imputación objetiva critican la postura que infra se indica, puesto que consideran que el Derecho

¹⁰⁹ MACHADO RODRÍRUGEZ, Camilo Iván. 2013. Op. cit. 42 p.

¹¹⁰ Véase MACHADO RODRÍRUEZ, Camilo Iván. 2010. Op. cit. 105 p.

¹¹¹ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. Op. Cit. 25 p.

¹¹² MACHADO RODRÍRUGEZ, Camilo Iván. 2013. Op. cit. 44 p.

Penal es reticente a admitir la plena libertad del ciudadano para disponer de determinados bienes, lo que se enmarca dentro de una actitud paternalista del Estado que quiere evitar que el individuo haga uso irracional de la libertad que se le otorgó¹¹³.

A continuación veremos cómo opera en la práctica:

En el caso de la autopuesta en peligro, aun cuando esté favorecida por tercero, quien tiene el dominio del hecho es el propio sujeto “pasivo”, y el tercero pasa a ser mero partícipe. Aparece el principio de identidad entre víctima-agresor, puesto que quien lesiona es el mismo lesionado, sin afectar a otros. Por lo tanto, la imputación le cabe a la víctima, no al tercero, por lo tanto no cabe imputación de responsabilidad¹¹⁴.

Esto porque la conducta de la víctima sería idéntica al tipo penal doloso o culposo, lo que conduce a la atipicidad de determinados comportamientos, sin importar los elementos subjetivos del tipo¹¹⁵.

Para el caso de bienes jurídicos de mayor entidad como la vida, se crean tipos especiales para protegerlas de autopuestas en peligro. Un ejemplo clave en el ordenamiento jurídico chileno es el auxilio al suicidio. De hecho, solo por casos límites como este es que vale la pena establecer una diferenciación¹¹⁶ en auto y heteropuesta, puesto que como se aprecia el resultado suele ser el mismo.

Si se trata de una heteropuesta en peligro consentida o aceptada en principio sucede exactamente lo mismo, empero, por mucho que dé luz verde a la conducta del tercero, tiene un papel puramente pasivo y deja que el tercero controle y determine objetivamente el peligro,¹¹⁷ entonces opera el principio de alteridad y le cabe imputación objetiva, cuando la víctima acepte el peligro, pero no el resultado,

¹¹³ MACHADO RODRÍRUGEZ, Camilo Iván. 2013. Op. cit. 44 p.

¹¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Op. cit. 74 p

¹¹⁵ MACHADO RODRÍRUGEZ, Camilo Iván. 2010. Op. cit. 106 p

¹¹⁶ Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. 2004. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° Extraordinario (2): 76 p.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Op. Cit. 71 p

porque si acepta el resultado y se trata de delitos contra la vida e integridad física, no exime de responsabilidad al tercero.

Existe la posibilidad de equiparar la autopuesta con una heteropuesta, en que la víctima tiene el mismo conocimiento del riesgo que el agente, en tal caso, se da lugar a coautoría, entonces, se trata de un punto medio entre alteridad e identidad, sin embargo, prima la autoría de la víctima¹¹⁸, dado que ella da el paso y pone en riesgo lo suyo propio, por lo tanto, termina siendo otra forma de autopuesta en peligro, pero con responsabilidad de participe para el autor.

En suma, “el consentimiento se encuentra dentro de la tipicidad cuando la conducta que se realiza no es contraria a la voluntad de la víctima, ya que el legislador para tipificar normas penales lo hace pensando en que la conducta delictiva tiene que ser contraria a la voluntad del sujeto”¹¹⁹.

6.2 Antijuricidad

El consentimiento de la víctima “puede encontrarse dentro de la antijuricidad cuando el titular del bien jurídico protegido es la persona que puede disponer libremente de su derecho; pero tampoco debe exceder los límites dados por el consintente.”¹²⁰

Para que opere dentro como causa de justificación, debe ser expresado antes del hecho por el sujeto dueño del bien protegido, que sea libre de vicios y que el sujeto sea capaz de consentir. Esto significa, que el consentimiento aparecería como una renuncia¹²¹.

¹¹⁸ Véase *ibid.* 76 p.

¹¹⁹ ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. *Op. cit.* 27 p

¹²⁰ *Ibid.* 28 p.

¹²¹ *Ibid.* 28 p.

El sustento de la postura recae sobre la creencia de que la renuncia al bien jurídico está permitida, como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o la libertad de acción,¹²² garantizado por nuestra Constitución.

El uso sin restricciones de la libertad personal, incluye una valoración subjetiva de los bienes jurídicos, por eso, el consentimiento solo puede operar en antijuricidad cuando afecta a un solo individuo.

Camilo Machado, critica considerar el consentimiento como causal de justificación, puesto que admite a concebir un sistema naturalista de bien jurídico y se le da poder al Estado de ver caso a caso si debe prevalecer el interés individual de la víctima¹²³.

¹²² MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2013. Op. Cit. 32 p.

¹²³ Ibid. 35 p.

Capítulo 3: Estupro

1. Historia legal

El estupro en la forma más similar a la que conocemos hoy en día, proviene de la Lex Iulia de adulteriis coercendis del siglo XVIII antes de Cristo, que separó el estupro del adulterio, y somete a ambas conductas a penas criminales por tratarse de un atentado contra la castidad¹²⁴. Esto quiere decir que solo se utilizaba respecto de mujeres obligadas a guardar castidad. La particularidad radica en que castigaba tanto a la víctima como al autor.

Se encuentran vestigios del delito en el Digesto de Justiniano, libro 48, título 5, ley 34: “Comete estupro el que cohabita con una mujer libre sin mediar matrimonio con ella, exceptuando si es la concubina”.¹²⁵ Sin embargo, lo que Justiniano entiende por estupro parece ser solo una figura de adulterio, en el mismo sentido que también lo hace el Fuero Juzgo, el Fuero Real, y la Novísima Recopilación¹²⁶ 30 siglos después. Solo en las “Siete Partidas” se identifica una forma cercana al estupro del Código Penal chileno, con una figura que castiga las relaciones sexuales consentidas por engaño¹²⁷. Este texto es coetáneo a la teoría moral escolástica, que propone que toda relación sexual que no dé lugar al fin último de la procreación dentro del núcleo del matrimonio es merecedora de un castigo¹²⁸, dentro de un contexto donde el único desarrollo sexual permitido es el heterosexual dentro del matrimonio.

Durante la Ilustración, la nueva concepción de los delitos y el reencuentro con las fuentes romanas, define estupro como “acto sexual no violento, pero igualmente

¹²⁴ FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. 2016. El delito de estupro: su historia y vinculación con el bien jurídico protegido. *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*. 60 p.

¹²⁵ *Ibid.* 61 p.

¹²⁶ *Ibid.* 64 p.

¹²⁷ *Ibid.* 65p.

¹²⁸ Véase BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho*, N° Especial. Agosto 1997. Para el la escolástica descansa sobre el antisensualismo, que reprime la sexualidad; y el naturalismo que legitima actos sexuales para preservar la especie.

abusivo, por la inexistencia de consentimiento de la víctima, debido a estado de embriaguez, demencia, o minoría de edad”¹²⁹. Vemos por primera vez, atisbo de lo que hoy son circunstancias de estupro, con situaciones de abuso de una posición de superioridad del victimario y deja de lado el concepto de doncellez.

Más adelante en la historia, durante el periodo de la codificación, el Código Penal español de 1848, fuente primaria del Código Penal chileno, el artículo 356 regulaba estupro e incesto. En la parte que corresponde a esta investigación versaba: “El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor”¹³⁰. Denota un intento de separar la moral del Derecho, puesto que se protege un bien jurídico personal y no una mera concepción moral.

Tras una serie de modificaciones que caen en el juego de restringir y ampliar la figura, en 1978 se rebajó la edad a 18 años para estupro por prevalimiento y 16 años para estupro por engaño, y amplió el sujeto pasivo a hombres¹³¹.

Lo curioso, es que el año 1995, dentro del proceso que Bascuñán denomina reformismo¹³², España elimina la figura de estupro, y digo curioso porque en Chile se reestructura en 1999. Sin embargo, prevalecen elementos de conductas abusivas y engañosas, pero dentro de un catálogo extenso de formas de abuso sexual, donde la edad no juega un papel preponderante, puesto que se protege a todas las personas víctimas de abusos sin importar la edad, y no se pone focaliza especialmente en el consentimiento que presta la víctima, porque se tiene por inexistente. Misma situación ocurre en Francia y Alemania.

En Chile, el Código Penal de 1874 establecía que el estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veinte, interviniendo engaño, será castigado con

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. 1976. El delito de estupro – incesto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (29): 300 p.

¹³¹ FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. Op. cit. 67 p.

¹³² Véase Bascuñán Op. cit. El movimiento reformismo hace referencia a despenalizar conductas que no sean un ataque a la esfera sexual de una persona. Repudia tanto las corrientes del Derecho Común, así como las de la Ilustración. Su objeto de protección según se aprecia en el apartado 2.1 de este capítulo es la libre determinación sexual.

presidio menor en cualquiera de sus grados. El elemento doncellez, asociado a castidad, pureza, virginidad¹³³; y engaño entendido como “embaucamiento de la voluntad femenina para moverla en el sentido de consentir la copula”¹³⁴. Solamente protegía a doncellas, mujeres con honra y buena fama, por eso la prueba de la defensa solía consistir en desacreditar a la víctima aludiendo a su forma de desenvolverse con el sexo opuesto.

El 3 de agosto de 1993, el presidente de la república, Patricio Aylwin Azócar, presenta a la Cámara de Diputados el proyecto de la Ley N°19.617, el cual no contempla modificación alguna al delito de estupro¹³⁵, sino a otros delitos sexuales, entre los cuales consta la tan polémica (para el Chile de los años 90 y las fuerzas ultra conservadoras) sodomía, protagonista de la discusión en ambas cámaras; relativas al Código Civil, y el Código de Procedimiento Penal, en el marco de un proceso de transición de la represión de la sexualidad a la liberalización.

Con todo, un grupo de diputados expresa interés por modificar la figura de estupro para permitir su vigencia en el ordenamiento. La preocupación fue recogida por Aylwin en diciembre de 1994 y finalmente enunciada por el oficio enviado a la cámara alta como: “Comete estupro el que tuviere acceso carnal con mujer mayor de doce años o con varón mayor de catorce, y menor de dieciocho años, sirviéndose de engaño.”¹³⁶

El oficio de la cámara revisora a la cámara de origen de fecha 9 de septiembre de 1997 corrige la figura y la deja tal como la conocemos hoy en día, excepto por que no contempla la cuarta circunstancia, la cual se agrega en la propuesta final de la comisión mixta en diciembre de 1998; y la edad del sujeto pasivo va desde los doce a los dieciocho años, que se modifica el año 2004. Cabe resaltar que las circunstancias que se agregan no sancionan conductas que eran impunes, eran constitutivas de abusos deshonestos, por lo tanto, la ampliación del delito de estupro

¹³³ Véase apartado 2.1.

¹³⁴ FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. Op. cit. 73 p.

¹³⁵ Biblioteca Congreso Nacional. Historia de la Ley N°19.617. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje en sesión 22. Legislatura. 326. [En línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [fecha consulta: 30 de mayo 2020].

¹³⁶ Ibid. Primer Trámite Constitucional: Oficio de la Cámara de Origen a la Cámara revisora.

con estas circunstancias aumenta la cuantía de la pena y corrige el título de incriminación¹³⁷.

El trámite termina con la promulgación de la Ley 19.617 el 3 de julio de 1999¹³⁸.

La Ley 19.927 promulgada el 5 de enero del 2004 reduce el sujeto pasivo a través de la limitación de la edad a catorce años, producto del aumento de la edad para entregar consentimiento libre de vicios.

2. Tipo penal

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.

2º 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.

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

*4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.*¹³⁹

¹³⁷ ROJAS VICUÑA, Natalia. 2020. Op. cit. 83 p.

¹³⁸ El autor Rodríguez Collao la cataloga como una reforma completa al sistema de delitos sexuales en Chile, puesto que incluye cambios en violación, estupro, abuso sexual, elimina la sodomía, raptó y todo en forma incidental, al tenor de la modificación del delito de violación que hubiese provocado desarmonía si no se modificaba todo.

¹³⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Ley N° 2561: Código Penal. Noviembre 1874.

2.1 Bien Jurídico Protegido

El Derecho Penal como última ratio se vincula al “principio de mínima intervención, según el cual, la intromisión del Estado en la vida social a través de la ley penal, ha de ser la menor posible para proteger los intereses del individuo (en este caso) de alta significación social”¹⁴⁰. Para que una conducta sea delito no es suficiente que infrinja una norma, sino que se dañe, amenace o destruya un bien jurídico protegido.

En los delitos sexuales es particularmente complejo para el Estado entrometerse sin trasgredir la línea de aquello que pertenece a lo privado, a lo más íntimo del ser. Por eso, su regulación debe reservarse solo para conductas en que se lesionen bienes jurídicos importantes para una sociedad, excluyéndose aquellos hechos que revisten el carácter de meras infracciones a la moral¹⁴¹.

El escaso tratamiento de los delitos sexuales y la casi nula preocupación de la política criminal chilena por crear un sistema tan pulcro como los delitos contra la propiedad, por una parte llevan a malas técnicas legislativas que terminan en enjambres de normas incomprensibles que parecen forzosamente unidos bajo un mismo título, sin que los una un bien jurídico protegido común; y por otra a no poder superar el tinte de moralidad presente en su regulación.¹⁴²

2.1.1 Discusión bien jurídico protegido

De la ubicación del delito en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, bajo el epígrafe “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad

¹⁴⁰ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. 2018. Derecho Penal y Política Criminal. 2º edición. IV Parte Especial. 1. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Santiago. Legal Publishing.

¹⁴¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. 2019. Delitos contra la indemnidad sexual. Tercera edición. Der Ediciones. Santiago. 4 p.

¹⁴² Ibid. 5 p.

pública, y contra la integridad sexual”, se colige que la intención del legislador es proteger estos tres elementos.

La reforma de 1999 no comporta un nuevo sistema legislativo en el campo de delitos sexuales, sino una simple readecuación contingente a los tiempos del sistema tradicional de delitos¹⁴³, puesto no introdujo cambios en aquello que los delitos protegen, manteniendo el enunciado del Título VII, aun cuando se modifican delitos que atacan bienes individuales, como el estupro, se hace bajo un título que protege bienes comunes como la familia y la moralidad pública.

Sin embargo, el orden de la familia parece ser más una cuestión civil de regulación de derechos y obligaciones, que no está exento de valoraciones morales ; mientras que la moralidad pública como aquello que una sociedad considera aceptable como comportamiento, cuestión que a todas luces atenta contra la dignidad humana, intentando que el individuo sea un medio para lograr adhesión de la persona a valores que el poder estatal considera merecedores de ser impuestos o fomentados¹⁴⁴, en contravención al principio de lesividad¹⁴⁵.

En ese sentido, no queda claro cuál es el bien jurídico que la norma del artículo 363 intenta proteger, o si el problema se reduce a una mala técnica legislativa¹⁴⁶. El congreso debió aprovechar la instancia de la reforma introducida por la Ley 19.617 para re definir el esquema de delitos sexuales, eliminando el epígrafe “familia y moralidad pública”, para ir en línea con los procesos reformistas de despojar al sistema de delitos sexuales de todo vestigio moralizador y basarse solo en cuestiones fácticas o naturales¹⁴⁷, aunque es imposible no mezclarla con elementos culturales. Al menos, a través de la Ley 19.927 que modifica la edad para

¹⁴³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2006. Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal. Revista de Política Criminal Vol.1 (1): 3 p.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Delitos sexuales. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 141 p.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2006. Op. cit. 5 p.

¹⁴⁶ En ese sentido véase, GARRIDO MONTT, Mario. 2010 Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.232 p. El Código Penal español que sirvió de modelo tenía ordenamiento diferente.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2006. Op. cit. 8 p.

consentir, introdujo “y la integridad sexual”, para aparentar una mayor congruencia entre los delitos y el título.

De cualquier forma, el profesor Mañalich explica¹⁴⁸,, que se trata de un sistema dualista¹⁴⁹, conformado por delitos que lesionan la libertad sexual de la víctima, que solo pueden proteger a la víctima mayor de catorce años, quien tiene la capacidad de determinarse puesto que ya puede consentir; y aquellos que lesionan la indemnidad o intangibilidad sexual, que protegen víctimas menores de catorce años, personas incapaces que no pueden auto determinarse. Si se considera esta división como correcta, a este trabajo le incumbe únicamente la libertad sexual.

Este autor, hace también una subdistinción entre la libertad sexual de una persona mayor y otra menor de dieciocho años. A la libertad sexual de una persona entre catorce y dieciocho años, quien, por ser menor de edad, está doblemente protegido en el ejercicio de su libertad en atención a lo que el profesor llama “distintiva vulnerabilidad”, por el temprano ejercicio de su sexualidad. La doble protección, radica en que puede ser sujeto pasivo tanto de estupro como violación. Se trata de un sujeto que comprende qué es el acceso carnal, sin embargo, en el ejercicio de su libertad, sin que haya sido forzada (en el caso de estupro) se vio influida por alguna de las 4 formas del artículo 363, entonces, ya no hay consentimiento libre, no hay libertad sexual, por el proceso de decisión defectuoso que llevó a la víctima a dar su anuencia en la relación sexual¹⁵⁰. En suma, busca proteger el consentimiento libre de vicios.

La libertad sexual, como concepto resulta difícil de precisar, teniendo en cuenta que ya es difícil de determinar que significa libertad per se. Con todo, es una porción de esta, una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la

¹⁴⁸ Véase MAÑALICH RAFFO, Jaime. 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. Vol. 20 (2). 25 p. y Rodríguez Collao. 2016. Op. cit. 167 p.

¹⁴⁹ Reconoce este esquema POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GONZÁLEZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 248 p.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. Op. cit. 77 p.

esfera en que se desenvuelve: la sexual¹⁵¹, así como la libertad de culto, ambulatoria, o de conciencia. La atomización del concepto obedece a las siguientes razones: se trata de autorealización de las personas; las diversas conductas sexuales que pueden importar un ataque a esta esfera; y los significativos condicionamientos normativos presentes en delitos sexuales que implican que la protección actúa exclusivamente cuando se realiza un acto sexual no deseado.

No existe concepto jurídico alguno que auxilie a determinar qué es la libertad sexual, por lo tanto, para autores más conservadores es imprescindible que se acuda a valoraciones éticas y morales. Debe situarse en un contenido valorativo de reglas que regulan interacción entre individuos en un contexto específico. Por eso, se puede definir como “el derecho de toda persona a determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás”¹⁵². Sin embargo, este trabajo no concuerda con dicha postura, porque el sentimiento ético de la comunidad permite intromisiones morales no permitidas por un Estado Democrático, y no otorga relevancia al consentimiento de la víctima.

Por eso, una mejor y adecuada forma de entender libertad sexual es “derecho a repeler comportamientos sexuales impuestos en contra de su consentimiento por parte de otro sujeto”¹⁵³, consecuentemente, todo acto sexual no consentido merece ser penado. Esta definición debe contener elementos objetivos que permitan determinar si se merece o no la protección, dejando de lado conceptos éticos y morales de la sociedad. Por eso, los elementos negativos protegen que un individuo pueda rechazar la ejecución de actos, y en un sentido positivo, que se le permita realizar todos aquellos actos sexuales que no se encuentren prohibidos, los cuales

¹⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2000. Objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2º Época. (6): 70 p.

¹⁵² BULLEMORE GALLARDO, Vivian. 2011. *Tratado de jurisprudencia y doctrina: Derecho Penal*. Thomson Reuters Puntotex. Santiago. 453 p.

¹⁵³ OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. 2008. ¿Qué es la integridad sexual? *Corpus Iuris Regionis – Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* (8). 51 p.

solo se prohíben en razón del abuso de una situación de prevalencia¹⁵⁴ y no de conceptos morales o éticos dentro de una sociedad.

Esta postura es avalada por los movimientos reformistas que inspiran la Ley 19.617. Ellos niegan la posibilidad de que ordenes morales sexuales sean motivo de protección sexual, y postula como objeto único de protección la libre auto determinación sexual¹⁵⁵. El Derecho Penal en este sentido cumple la función de ser un garante de la libertad sexual con sus elementos negativos y positivos. Sin embargo, no pueden dejarse de lado elementos culturales, ni variaciones idiosincráticas experimentadas por una comunidad, como, por ejemplo, la superación de la desmedrada posición de la mujer en el mundo. La no negación de la libertad sexual de las mujeres no es sino obra de los cambios culturales que la sociedad chilena ha expresado en los últimos tiempos¹⁵⁶.

En un lado opuesto, autores de corte conservador estiman que el estupro protege la honestidad, entendiéndola como “la cualidad de una persona que observa los cánones ético sexuales y que no se ven afectados si en un momento de su vida fuese víctima de un delito de esa índole”¹⁵⁷. Comprenden la honestidad como sinónimo de castidad, recato, pudor, abstinencia sexual, compostura, cómo se espera que una mujer se comporte, muy ligado al concepto de “doncellez” protegido por el Código Penal de 1874. De esa forma, el estupro al romper con la abstinencia sexual, transformaría a la víctima en un sujeto sin honor, o también, un menor de edad que ya ha tenido actividad sexual no sería digno de protección. Sin embargo, las valoraciones sociales de la realidad no consideraron relevante la doncellez a la hora de reformar la norma, por eso esta arcaica y represiva forma de entender la honestidad no es más que el interés de un sector de la sociedad sobre la conducta de terceros que no se condice con el actual concepto de estupro; ni con la forma de entender las relaciones sexuales, ya no con fines meramente reproductivos y entre

¹⁵⁴ Véase GARRIDO MONTT Pp. cit. 265 y 266 p.

¹⁵⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. Op. cit.

¹⁵⁶ COX LEIXELARD, Juan Pablo. 2019. El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres. Revista *Ius et Praxis*. Vol. 25 (3): 309 p.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 138 p.

heterosexuales; ni con un Estado Democrático, puesto que imponer una forma de entender las relaciones sexuales que merecen protección abre la puerta a interpretaciones antojadizas del precepto¹⁵⁸.

Si dejamos de lado el esquema dualista explicado por Mañalich, y consideramos a personas mayores de catorce años como sujetos amparados por la indemnidad sexual, ella como bien jurídico protegido es “la no interferencia en la formación adecuada de los menores”¹⁵⁹, empero lo adecuado puede variar según el intérprete, de modo que significaría proteger una determinada forma de comprender la sexualidad en menores de edad, y se caería en una intromisión no autorizada por el Derecho Penal Moderno ni permitida en un Estado Democrático, por buscar que todos los integrantes de una sociedad entiendan sexualidad de la misma forma.

Ahora bien, si indemnidad sexual se entiende como sinónimo de bienestar sexual, o como aquello que no se puede tocar y debe quedar libre de toda daño hasta que el menor sea adulto y pueda disfrutar normalmente de su esfera sexual, suena coherente con el concepto actual de estupro, pues el bienestar que merece una persona le es indiferente si es sexualmente experimentada o no. En ese sentido, sería conveniente considerarlo como bien jurídico protegido, pero no sería coherente con la doble protección que merecen los menores de entre catorce y dieciocho años. Por lo demás, la intangibilidad no deja espacio alguno al libre desarrollo de la sexualidad que aun cuando restringido se le concede a los menores de entre catorce y dieciocho años, exacerbando la protección que merecen¹⁶⁰, anulando su capacidad de consentir y nuevamente pugnando con la actualidad en que las personas suelen iniciarse sexualmente antes de cumplir la mayoría de edad. Con todo, podría ser útil si el sujeto fuese, únicamente, una persona con anomalías o trastornos mentales, sin considerar la edad.

Winter Etcheberry se confunde al decir que la indemnidad sexual incluye el derecho negativo de la exclusión de terceros y la posibilidad de un desarrollo libre de

¹⁵⁸ OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. Op. cit. 44 p.

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. Op. cit. 83 p.

¹⁶⁰ OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. Op. cit. 48 p.

la propia sexualidad¹⁶¹, puesto que, a ojos de este trabajo, el autor ha descrito los elementos de la libertad sexual. Por eso, tomo su tesis como voto a favor de elegir la libertad sexual como bien jurídico protegido.

Por último, algunos autores menos avezados, abogan por clasificar el delito de estupro como pluriofensivo, y que el bien jurídico protegido se encuentra en algún lugar entre la libertad, la integridad, la indemnidad sexual e incluso la honestidad, puesto que, aunque se elimina el término doncellez, se contempla la minoría de edad y el engaño como medio¹⁶², aunque primando siempre la libertad sexual.

2.1.2 Importancia bien jurídico protegido para el consentimiento

El considerar como bien jurídico protegido la libertad sexual o la libre determinación sexual, importa a este trabajo para asentar que la capacidad de los menores púberes para consentir y “disponer” del bien jurídico que se tutela, lo que no significaría una renuncia, más bien, significa hacer uso de esta protección donde se protege el derecho de rechazar todo acto no consentido, por una parte; y por otra, que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad.

La parte positiva implica un avance indudable en el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental en la autorrealización personal, que ha hecho surgir el derecho de toda persona a ejercer su opción sexual, pero también la ruptura de roles tradicionalmente asignados al género femenino en el ejercicio de su sexualidad, con la superada tutela de su doncellez¹⁶³.

La honestidad se rechaza de plano, puesto que no puede elevarse a la categoría de bien jurídico protegido el interés que un sector de la sociedad tenga por la conducta ajena, dado que no puede prevalecer por sobre el interés preponderante

¹⁶¹ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Op. cit. 7 p.

¹⁶² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Op. cit 267 p.

¹⁶³ Véase DIÉZ RIPOLLES, José Luis. Op. cit. 95 p.

y constitucionalmente protegido de no discriminación y libertades ideológicas¹⁶⁴. La integridad o indemnidad sexual aun cuando es un bien jurídico, se rechaza en ambas dimensiones, con especial atención a que no reconoce el espacio que se da a las personas mayores de catorce para ejercer la porción de libertad sexual que se les reconoce.

2.2 Conducta

La norma exige “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” al igual que en violación. Con eso se pone fin al arcaico y dudoso término “yacer¹⁶⁵” y amplía el espectro de conductas punibles.

Para un sector de la doctrina, acceso carnal se refiere únicamente al acceso del pene, excluyéndose la introducción de otros objetos¹⁶⁶, puesto que en ese caso la conducta sería constitutiva de abuso. La introducción de otras partes del cuerpo tampoco cabría dentro de la conducta típica¹⁶⁷.

Para Rodríguez Collao, el acceso por cualquier vía exige que el pene esté erecto, por la naturaleza de las cosas, y que específicamente en lo concerniente a la vía bucal, se debe ser aún más exigente por la amplia gama de conductas que pueden implicar contacto entre la boca y el pene que pueden ser constitutivas de

¹⁶⁴ HEFENDEHL, ROLAND; VON HIRSCH, ANDREW; y WOHLERS, WOLFGANG. 2016. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid. 15 p.

¹⁶⁵ Se le critica atentar contra el principio de tipicidad por no dejar en claro cuál es la conducta típica. Nunca hubo consenso sobre si se consideraban las tres vías actuales dentro del verbo rector, o sólo por vía vaginal y anal y bucal se reservaba para abusos deshonestos.

¹⁶⁶ Posición sostenida por Matus, Ramírez, Carrasco Jiménez, Bascur Retamal y Rodríguez Collao.

¹⁶⁷ Véase FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. 2007. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis del 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. Vol. 13 (2): 129, 130 y 131pp. Al referirse a las conductas del artículo 365 concluye que el acceso carnal contemplado para violación propia solo puede hacerse por un pene.

abuso. Al hablar de acceso carnal el mismo autor se remite a la violación y lo hace enteramente aplicable¹⁶⁸.

Carrasco Jiménez considera que el acceso y vía utilizados en conjunto tienen como resultado la interpretación gramatical de pasar o ingresar a una cavidad o lugar, y en este caso esto solo lo podría hacer un pene¹⁶⁹. Sostiene también desde un punto de vista sistemático que cuando en el Código Penal se señala la palabra vía se hace para hablar de entrar¹⁷⁰. Por eso, en vista de esos dos argumentos considera que el hombre es el único posible sujeto activo en la conducta, y todas aquellas conductas en que la mujer se hace acceder se les deben considerar abuso o conductas atípicas.

En un sentido diverso, Garrido Montt y Carnevali, consideran que acceso carnal también incluye a la mujer que se hace acceder carnalmente, introduciendo ella misma el pene de una persona con genitales de sexo masculino a su vagina, ano o boca¹⁷¹. Desde una interpretación gramatical del texto normativo, quien actúe como sujeto activo del acceso carnal es indiferente. Si el legislador hubiese tenido intención de limitar el acceso carnal a la conducta activa de hombres, habría utilizado técnica legislativa distinta al impersonal y sin género “el que”. Incluso Mañalich, con una mirada más atinente al siglo XXI y pensando en hipótesis de intersexualidad¹⁷², sugiere que la penetración por cualquiera de las tres vías debe tener por sujeto activo a una persona en el momento “faloportadora”¹⁷³, siendo irrelevante su identidad sexual.

El no entenderlo así, reconduce los hechos inevitablemente al artículo 366. El autor enlaza el estupro con abuso sexual, cuyo tipo versa “acción sexual distinta del acceso carnal”. El caso en que una mujer tenga un rol activo en la penetración no es distinto de acceso carnal, entonces no cabe dentro de abuso, por lo tanto la

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016 Op. cit. 219 p.

¹⁶⁹ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. 2007. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”. *Ius et Praxis*. Vol. 13 (2): 144 y 145 p.

¹⁷⁰ *Ibid.* 147 p.

¹⁷¹ Véase Garrido Montt Op. cit. 275 p.

¹⁷² WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Op. cit. 20 p.

¹⁷³ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2016. La violación como delito de propia mano. Una reconstrucción desde la teoría de la acción. *Revista de Ciencias Penales*. Vol. XLIII (4): 39 – 50 p.

conducta sería atípica y aunque se lesione un bien jurídico protegido quedaría impune¹⁷⁴. Por eso, acudir a la interpretación teleológica del Derecho Penal conduce a la imposibilidad de eludir que la mujer puede ser sujeto activo del delito y en definitiva, no importa quien realiza activamente la penetración, sino, que haya una penetración con consentimiento viciado, junto con delimitar el campo de acción del delito y no dejar bienes jurídicos indiscriminadamente sin protección¹⁷⁵.

Una rama de esta misma corriente considera que el acceso carnal se hace extensible a introducción de otras partes del cuerpo como las manos o la lengua¹⁷⁶, medios que pueden ser tanto o más lesivos que el pene. Entender acceso carnal como sinónimo de introducción del pene, sería reducir el acto sexual únicamente a la penetración y no tutelar a cabalidad el bien jurídico protegido descrito en el apartado 2.1.

En cuanto al momento consumativo, tienen cabida las teorías del momento en que se consuma la violación, sobre las cuales existe consenso en la doctrina nacional: *Conjunctio membrorum*, en que la violación se consuma por el solo contacto entre el pene y una de las 3 vías. La lectura así no es compatible con la conducta típica, puesto que permitiría la existencia de un estupro frustrado, en que solo hay contacto mas no introducción. Por eso, contemporáneamente se ha abandonado¹⁷⁷.

Inmissio seminis, identifica la violación con la eyaculación, pero solo ha resultado relevante para países que incluyen el acceso por vía bucal. Carece de relevancia.

Inmissio penis, que demanda la efectiva introducción del pene por una de las vías, sin necesidad de que sea completa ni que haya eyaculación. Esta interpretación calza perfecto con la conducta típica y por eso recibe amplio respaldo en la doctrina nacional.

¹⁷⁴ Véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. 2009. Problemas de política criminal y otros estudios. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. Legal Publishing: Abeledo Perrot. Santiago. 125 a 132 p.

¹⁷⁵ BASCUR RETAMAL, Gonzalo Javier. 2016. La mujer como (eventual) autora de un delito de violación. *Ars Boni et aequi*. Vol. 12 (1): 70 p.

¹⁷⁶ Véase GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit, pie de página 275 p.

¹⁷⁷ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Op. cit. 21 p.

2.3 Sujeto activo

De la problemática descrita en el apartado anterior, y en concordancia con la postura que este trabajo adhiere, el sujeto activo de la conducta puede ser tanto mujer, cuando esta se hace acceder por alguna de las tres vías alternativas¹⁷⁸, introduciendo el pene en su vagina, ano o boca o cuando es falloportadora; como hombre cuando este accede por alguna de las tres vías contempladas por la norma.

2.4 Faz Subjetiva

Por sus características solo admite comisión dolosa, y específicamente dolo directo, puesto que se requiere que el autor quiera ejecutar la acción y tenga conocimiento del abuso que está cometiendo. Exige una maquinación que no admite dolo eventual. El saber también se extiende a la edad de la víctima, donde se requieren conocimientos objetivos. Sin embargo, no se hace extensible a condiciones inexactas como “anomalía o perturbación mental¹⁷⁹”, donde se permite un conocimiento más laxo, en el sentido que debe saber que posee una anomalía o perturbación, pero no necesariamente cual.

2.5 Sujeto Pasivo

A raíz de la modificación efectuada el año 1999 se amplía el sujeto pasivo a cualquier persona. Esto significa que tanto hombre como mujer pueden ser víctimas de estupro en cuanto sean menor de dieciocho y mayor de catorce años.

El acceso carnal a una persona menor de catorce años siempre será constitutivo de violación, conforme al artículo 362.

¹⁷⁸ Véase Garrido Montt Op. cit. pie de página 275 p.

¹⁷⁹ Véase apartado 2.6.1

Si la persona fuese mayor de 18, es una conducta atípica aun cuando haya abuso de una situación fáctica de poder sobre la víctima utilizada como medio para el acceso carnal.

Según Rodríguez Collao, puede darse que el autor sea menor que la víctima¹⁸⁰, porque puede haber aprovechamiento desde una persona menor a otra mayor.

2.6 Circunstancias y consentimiento en cada una.

La reforma introducida por la Ley 19.617 establece cuatro hipótesis alternativas que describen los medios de comisión de la conducta en torno a un verbo rector común: el acceso carnal.

2.6.1 Abuso de anomalía y perturbación mental

En primer lugar, debe existir un abuso de parte del sujeto activo de la situación especial en que se encuentra la víctima. Según la RAE “hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder”¹⁸¹ o aprovechar de la posición ventajosa que ostenta el sujeto activo sobre la víctima.

Luego, debe existir una anomalía o perturbación mental de la cual se abuse. El abusar de la anomalía o perturbación mental implica el conocimiento de su existencia. Puede existir una anomalía o perturbación, pero si no se abusa de ella no hay hecho punible. Esta se define como “alteración de los procesos intelectuales y volitivos producto de un cuadro patológico”¹⁸². De la definición no se sigue nada diverso a las exigencias requeridas para configuración de violación del artículo 361

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016 Op. cit. 220 p.

¹⁸¹ Diccionario Real Academia Española. 2020. [en línea] < <https://dle.rae.es/abusar?m=form> >
[fecha consulta: 16 junio de 2020]

¹⁸² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 224 p.

del Código Penal, por eso debe complementarse con las exigencias del propio tipo, esto es, que “por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno”.

Menor entidad en principio significaría que no sea de tal gravedad que le impida entregar la aquiescencia necesaria para el acceso carnal. Matus y Ramírez agregan que son casos que la enajenación mental no es total, que alcanza a percibir la significancia de su actuar en la esfera física y reproductiva, y que la capacidad de la víctima es similar a la de un inimputable¹⁸³. La voluntad de la víctima no se halla intacta: está afectada por la condición que padece y de la que el victimario se aprovecha para obtener su consentimiento.¹⁸⁴

Es importante señalar que se trata de una protección subsidiaria a la que otorga el artículo 361. Si no pudiese aplicarse la circunstancia homóloga, es decir que sea constitutiva de enajenación o trastorno, se puede aplicar el artículo 363 N°1, por eso, la edad no debería jugar un rol preponderante en la misma forma que no se exige en el artículo 361. Sin embargo, es una exigencia legal. La diferencia en la entidad del trastorno se ve reflejada en el bien jurídico protegido en cada tipo penal. Mientras el artículo 361 protege la indemnidad sexual de personas que no pueden prestar consentimiento en absoluto, el artículo 363 N° 1 protege la libertad sexual de quienes pueden prestar anuencia al acceso carnal.

Respecto a la permanencia o transitoriedad, ambas se contemplan, sin embargo los avances actuales de la medicina entienden que toda anomalía o perturbación mental es siempre permanente, solo que en circunstancias se demuestra con mayor intensidad que en otras¹⁸⁵ en opinión de Rodríguez Collao, sin embargo este trabajo prefiere incluir el elemento transitoriedad en atención a la existencia de trastornos del ánimo como la ansiedad o depresión.

2.6.2 Abuso de relación de dependencia de la víctima

¹⁸³ MATUS Y RAMÍREZ Op. cit.

¹⁸⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Op. cit. 31 p.

¹⁸⁵ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 224 p.

En lo relativo al abuso me remito al apartado anterior. En este caso, el autor abusa de la relación de dependencia de la víctima. Es menester resaltar que cuando el Código Penal se refiere a “como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral”, lo hace solo a modo de ejemplo para reforzar la idea de superioridad del victimario sobre la víctima derivado del respeto y obediencia que le debe por su autoridad; de modo que cabe cualquier clase de dependencia. Se trata de un tipo penal abierto. En ese sentido, se pueden imaginar múltiples formas de vínculos de dependencia entre víctima y victimario. Solo por poner ejemplos: menores reclusos en centros del SENAME¹⁸⁶, entrenadores de un equipo deportivo¹⁸⁷, o comunidades de vida¹⁸⁸.

La dependencia de la que deriva la autoridad no se desprende de la diferencia de edad que pueda existir entre los sujetos. Tal como se propone en el apartado 2.4, puede darse que el victimario sea menor que la víctima. Ella tampoco deriva de una relación de parentesco entre los sujetos.

Es cuestionable que haya una exigencia objetiva de edad, puesto que la existencia del delito está determinada por el abuso del vínculo para obtener el consentimiento, que termina estando viciado. La protección debió ser extensible a cualquier persona que sufra abuso de una situación de dependencia, aunque ellas en cierta medida se encuentran protegidas por leyes laborales.

¹⁸⁶ González, Alberto. 20 junio 2017. Grave denuncia da cuenta de estupro en centro colaborador del Sename. [en línea] Radio Bio – Bio. < <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2017/06/20/menor-del-sename-habria-quedado-embarazada-tras-relacion-con-funcionario-en-valparaiso.shtml> > [fecha consulta: 4 de julio de 2020].

¹⁸⁷ Mario. 28 de abril 2019. Las denuncias por abuso, violación y estupro que remecen el atletismo chileno. [en línea] La Discusión. < <http://www.ladiscusion.cl/las-denuncias-por-abuso-violacion-y-estupro-que-remecen-el-atletismo-chileno/> >. [fecha consulta: 4 de julio de 2020]

¹⁸⁸ Liencura, Jaime. 13 de julio 2018. El abominable modus operandis para cometer estupro y abuso sexual del sacerdote: Usaba parroquias e iglesias según Fiscal. [en línea] Publímetro. < <https://www.publímometro.cl/cl/noticias/2018/07/13/estupro-abuso-sexual-abominable-sacerdote-usaba-iglesias-parroquias-cometer-delitos-sexuales.html> > [fecha consulta: 4 julio de 2020]

2.6.3 Abuso del grave desamparo en que se encuentra la víctima

Nuevamente, en lo relativo al abuso me remito al apartado 2.6.1. En esta hipótesis, se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

Desamparo es el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima por determinada necesidad o carencia. Si la Ley no distingue, mal puede el intérprete distinguir, y en este caso, no se puede hacer diferencia entre transitorio o permanente, de modo que ambos estados de desamparo se consideran válidos.

Bajo la misma premisa de no distinguir, tampoco se puede diferenciar entre desamparo físico o moral, por lo tanto se entiende vienen ambos incluidos. La víctima entonces, no tiene personas cercanas con las que se pueda sentir en un ambiente seguro, o no tiene un lugar físico donde estar. Tampoco importa si fue por circunstancias azarosas, creadas por la víctima o por el sujeto activo, lo importante es que existan al momento del acceso carnal.

En lo que la Ley sí distingue es en la calidad del desamparo puesto que agrega como adjetivo calificativo “grave”. Para el célebre autor de delitos sexuales Rodríguez Collao significa “que sea de tal envergadura que resulte decisivo en pro de la manifestación de la voluntad de la víctima a la realización del acceso carnal”¹⁸⁹. A mi parecer, la elección de la palabra grave es en exceso radical para expresar la intención real detrás del tipo, porque no puede tratarse de un desamparo tal que haga desaparecer el consentimiento, eso remite los hechos a violación. Una palabra más adecuada podría ser “determinante”, es decir que el desamparo determine la aquiescencia de la víctima para el acceso carnal.

Algunos autores, señalan que esta hipótesis solo difiere de la anterior por recoger la idea de transitoriedad de la dependencia, que origina protección frente a quien puede ampararla¹⁹⁰. De la idea se colige que debe existir algún tipo de vínculo

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 226 p.

¹⁹⁰ Matus y Ramírez op. cit. y Bullemore op. cit. 482 p, consideran que el desamparo solo puede darse de quien tiene obligación de amparar a la víctima, por lo tanto debe haber una relación entre ellos.

entre el sujeto pasivo y el sujeto activo en razón de la cual abuse del grave desamparo.

Es criticable, nuevamente, la limitación de edad, ya que cualquiera en situación de desamparo debería ser protegido por el Derecho Penal. El punto es que en esta hipótesis adquiere especial relevancia, ya que no hay ningún tipo penal homólogo que pueda resguardar los casos no abarcados como en los numerales anteriores.

2.6.4 Engaño abusando de inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima

Esta circunstancia recoge la idea original de lo que se entiende por estupro. Engaño es el requisito base de esta hipótesis, y necesario para abusar de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima. Sin él como medio no se configura la circunstancia. Se define como “toda actividad destinada a presentar como verdadero lo que es falso y que sea capaz de inducir a error a una persona respecto de la trascendencia o significación de su consentimiento¹⁹¹” y debe recaer sobre la significación sexual del acceso carnal, puesto que se asume que el sujeto activo, por su capacidad, experiencia o madurez, puede manipular la voluntad del sujeto pasivo para que preste su aquiescencia, lo que no sucederá si la víctima comprende el sentido y alcance de sus actos. Todo tipo de promesa falsa, no vale como engaño si no se refiere en específico al acceso carnal.

Con respecto al abuso me remito al apartado 2.6.1.

El Código Penal no exige que exista algún tipo de vínculo entre la víctima y victimario, como algunos autores lo estiman para las dos circunstancias anteriores, puesto que en este caso puede ser cualquier persona, e incluso, que el engaño lo efectúe un tercero distinto a quien realiza el acceso carnal.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 227 p.

Remitiéndonos a la RAE, “inexperiencia” es la “falta de conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas”¹⁹², en este caso, por no haber tenido acceso a educación sexual o no haber tenido actividad sexual. Sin embargo, es común que los adolescentes inicien la actividad sexual en promedio a los 16,6 años¹⁹³, por lo tanto considerar necesaria la inactividad sexual de la víctima para el hecho punible dejaría desprotegidos indiscriminadamente a un grupo de menores que necesita protección, puesto que la temprana iniciación sexual no siempre va acompañado de la pertinente educación, ni supone plena capacidad.

Ignorancia sexual refiere a la capacidad cognitiva de la víctima. No refiere a la educación sexual que ha recibido, más bien significa que la víctima, por su edad, se encuentra en una posición cognitiva desmejorada respecto del sujeto activo, y eso no le permite entender el sentido del acto que está por consentir o bien no le permite detectar que está siendo víctima de un engaño.

Como bien resaltamos en el apartado 1 de este capítulo, la circunstancia en cuestión se agregó en la propuesta final de la comisión mixta. Algunos autores sostienen que es un elemento anacrónico que debió dejarse de lado¹⁹⁴, en razón de que es la única circunstancia que justifica una limitación en la edad del sujeto pasivo, que, para ellos, no es determinante, porque a la edad de catorce años ya se puede comprender a cabalidad la significancia de las relaciones sexuales, y si se le entrega cierta autonomía, es porque pueden consentir. Sin embargo, la comisión mixta opinó que es la única forma de proteger a cabalidad la auto determinación sexual de los menores¹⁹⁵.

¹⁹² Diccionario RAE. 2020. [en línea] < <https://dle.rae.es/experiencia> > [fecha consulta: 30 Junio de 2020].

¹⁹³ RODRIGUEZ, Jorge. 2019. La Salud Sexual y Reproductiva en América Latina y el Caribe. Revista INJUV. Vol 8. (29): 8 p.

¹⁹⁴ GUZMÁN DALBORA, José. 2016. Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Revista de Ciencias Sociales (68): 109 p. y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2006. Op. cit, 14.

¹⁹⁵ Comisión mixta 16 y 17 p.

2.7 Clasificación Circunstancias

La doctrina suele señalar la existencia de dos grupos de circunstancias, y que incluso algunos se atreven a clasificar como elementos antagónicos¹⁹⁶. Primeramente, encontramos el estupro por abuso o prevalimiento, contenido en la circunstancia uno, dos y tres; entendido como aquel que se comete por el aprovechamiento de una posición ventajosa que ostenta el sujeto activo.

Por otra parte, se encuentra el estupro por engaño o fraude, correspondiente a la cuarta hipótesis del artículo 363 del Código Penal.

Contrario a la posición de Guzmán, otros autores sostienen que la distinción carece de utilidad sistemática, porque en el estupro por engaño también se da una situación de abuso del sujeto activo, quien se aprovecha de su mayor experiencia sexual para engañar a la víctima; y a contrario sensu, en el estupro por prevalimiento, también se puede utilizar el engaño para aprovecharse de la víctima¹⁹⁷. Las cuatro hipótesis son equiparables en cuanto al aprovechamiento.

2.8 Consentimiento

Para la configuración del tipo penal se requiere consentimiento de la víctima para la realización del acto sexual, pero que por las circunstancias expresadas se encuentra viciado, insuficiente o sin relevancia jurídica. No es un caso de ausencia de tipicidad, porque el consentimiento es necesario.

El delito de estudio es una figura residual de violación en los casos en que la existencia del vicio no proviene de intimidación, aprovechamiento de la capacidad de resistir de la víctima ni del abuso de un trastorno de la misma. En todos los casos fuera de los enunciados, existiría un consentimiento viciado, no una ausencia.

¹⁹⁶ Véase GUZMÁN DALBORA, José. Op. cit. 109 p y GARRIDO MONTT, Mario. Op. cit. 305 p.

¹⁹⁷ Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. Op. cit. 218 p.

Todas las circunstancias tienen como elemento central el abuso que vicia el consentimiento. Nótese, lo vicia, no lo elimina. La existencia del consentimiento viciado no elimina la lesión del bien jurídico protegido, solo falta el requisito de validez de libre de vicios. Por lo tanto, por más que la víctima preste consentimiento y disponga del bien jurídico protegido, no se eliminará la ilicitud en la acción, porque no se elimina la tipicidad.

Tampoco opera como causal de justificación en la antijuricidad, porque el bien jurídico tutelado es irrenunciable, toda vez que la víctima no puede renunciar a su capacidad de consentir.

2.9 De la pena

La sanción contemplada en el artículo 363 va desde 3 años y 1 día a 10 años. La concurrencia de más de una hipótesis no agrava la pena, puesto que todas tienen asidero en el aprovechamiento de la situación disminuida en que se encuentra la víctima. Además, castigar más de una circunstancia infringiría el principio non bis in ídem.

El quantum de la pena es idéntico al de abuso sexual cometido por los mismos medios.

Conclusión

Por suerte las víctimas tienen una rama de estudio independiente de la criminológica, para darles el espacio que merecen a la hora de analizar la acción criminal. Actualmente, La Victimología cuenta con avanzadas estructuras para el proceso de desvictimación, junto con la formación de novedosas tipologías de la arista de vulnerabilidad social, que señalan al Estado como el principal creador de víctimas.

Sin embargo, se han dejado de lado las tipologías de coadyuvancia, casi como si por la aparición de las nuevas distinciones, se eliminara tácitamente las anteriores. El problema es que los tipos de víctimas coadyuvantes existen, y por eso necesitan una actualización que elimine la base estigmatizadora por la cual se caracterizan. La esperada modernización es la base para entender que, aunque las personas que son objeto de una victimización posean determinadas características o actúen de cierta forma, no son ellas las culpables de haber sido víctimas de un delito. Lo mismo ocurre con los factores victimológicos, puesto que aún siguen vigentes los postulados de Von Hentig.

Lo único destacable de la Victimología positivista es que entiende que la producción de un delito pasa por una dinámica entre la víctima y el delincuente, que puede ser de aceptación, rechazo, o cuantas combinaciones sea posible entre una y la otra. Este trabajo apoya en cierta medida esa tesis, porque apoya la idea de delito de relación, pero rechaza distribuir la responsabilidad a una sola parte de la pareja.

Para suplir la falta de modernización, la Victimodogmática evolucionó y entendió que culpar a las víctimas por sus actos está obsoleto, lo cual se refleja en que, como disciplina, no tienen intención de retornar al dilema de Frommel. Por eso, la influencia de la conducta de la víctima no irá más allá de la mera atenuación de la pena que le cabe al infractor.

Es destacable que se abandonen teorías radicales sobre una supuesta pugna de los principios base del Derecho Penal con la Victimodogmática, puesto que el

Derecho en su esencia debe ser pro-víctima, y nuevamente, asume que la responsabilidad puede distribuirse entre ambos, dentro del marco típico. Esto significa que se siguen utilizando los métodos creados por Mendelsohn, por eso es de vital importancia que tengan una actualización.

Mientras la Victimología sigue atada a postulados positivistas, el consentimiento, como comportamiento de la víctima susceptible de estudio por la Victimodogmática, evoluciona a pasos agigantados. La Victimología tiene el deber de ponerse a tono, para conformar un sistema concordante en cada uno de sus piezas.

Desde todos los puntos de vista estudiados, el consentimiento sexual ha evolucionado gracias al feminismo. En la actualidad se visibilizan y reconocen las estructuras de dominación masculinas. Es un paso importante partir reconociendo para intentar cambiar. A nivel psicológico, identifica la posición dominante de los hombres cis. Género justificada en que la mujer es el sujeto llamado a consentir y el hombre a buscar la aceptación por cualquier medio. Esa concepción se traslada a todas las ramas analizadas del consentimiento. En la Penal, se ve plasmada en que los tipos penales que tienen por acción acceso carnal, en que solamente un hombre puede ser el sujeto activo, y a mi modo de ver, no es porque solo un hombre pueda acceder, dado que la mujer también se puede hacer acceder, sino porque solamente de los hombres es esperada la conducta de buscar activamente la penetración, y solo las mujeres deben oponerse.

El problema subyacente al anterior, es entender que solo “sí” significa consentir, todo el resto de las conductas desde la duda, el silencio y hasta la fuerza es falta de aquiescencia. El entender que la fuerza no es la única forma de falta de aceptación es la primera piedra para construir un nuevo concepto de consentimiento, que lleve a una nueva aplicación de la Victimodogmática y por consiguiente una modificación a los postulados teóricos de la Victimología, y por qué no, a un cambio de paradigma rector en el sistema de delitos sexuales, contenidos en el Código Penal chileno.

Finalmente, toda la teoría se verá plasmada a la hora de determinar el delito en la tipicidad o en antijuricidad. Curiosamente la libertad sexual, aunque su nombre

lo diga, no es de libre disposición, en atención a las modalidades de comisión que contemplan los tipos penales, aunque el estándar debiese ser la falta de consentimiento, en cualquiera de las formas diferentes al “sí”. Para el caso del delito en cuestión, opera en antijuricidad, dado que el consentimiento se necesita para que se configure el delito. El punto es que, como el consentimiento estaba viciado, por existir abuso de una circunstancia objetiva, no le asiste causal de justificación al autor y por lo tanto el delito le es imputable en su totalidad, sin distribución de culpas a la víctima como Mendelsohn propondría.

En cuanto al delito de estupro hay más críticas que cosas que resaltar:

Sobre la conducta: ya ha pasado el tiempo en que la sexualidad se define por el órgano sexual del que somos portadores desde el nacimiento. A pesar de las modificaciones constantes a los delitos sexuales, no se ha hecho un esfuerzo por armar un conjunto de delitos coherente y sólido. En ese sentido, deberíamos avanzar hacia un reconocimiento general de la mujer como sujeto activo del acceso carnal, ya sea porque se hace acceder o porque es faloportadora, en consonancia con la nueva forma de entender consentimiento, en que una mujer también podría buscar activamente el acceso carnal.

Luego, limitar el estupro a acceso carnal, reduce la sexualidad de las personas a la mera penetración, en circunstancias que el camino para llegar a la penetración en adolescentes recorre un largo camino de otras conductas distintas, las que a la larga, si están viciadas en el sentido que lo están las circunstancias del estupro, pueden ser igual de nocivas para el desarrollo, y derivar en los mismos trastornos durante la adultez.

En cuanto a las circunstancias, la posición actual es desfavorable para los menores que pueden ser víctimas de estupro puesto que:

Primero, el requerimiento de abuso para todas las circunstancias dificulta la prueba, y confunde con situaciones de engaño donde se abusó de situaciones fácticas de poder que llevan a prestar consentimiento viciado por temor a un mal mayor, que no da para intimidación por la exigencia de dicho tipo penal. Este trabajo

consideraba en principio que el delito debería configurarse por la sola existencia de la diferencia de edad entre la víctima y el sujeto activo, sin ser necesaria una situación de engaño o prevalimiento. Sin embargo, la doctrina española cree que tener como factor determinante la edad haría caer en una automatización del Derecho Penal y por consiguiente se coartaría la porción de libertad sexual que se le otorga a las personas mayores de 14 años y menores de 18¹⁹⁸, razonamiento que hago parte de este trabajo y opto por concluir que la existencia de una situación de superioridad en conjunto con la edad debería determinar lo ilícito en la conducta, para así no limitar, por ejemplo relaciones sexuales entre una persona de 17 y otra de 18 años. Tiene que tipificarse el abuso, aunque dificulte su prueba, porque la libertad sexual que los organismos internacionales le reconocen a los adolescentes no debe verse disminuida por normativas internas, ni mucho menos por restricciones familiares, a objeto de no interrumpir su desarrollo como personas y preservar su salud mental y física. Por eso, solo se restringe a objeto de evitar actos de parte de adultos que puedan turbar su libertad y desarrollo. En ese sentido es que se restringe el acceso carnal de una persona mayor de 18 a otra menor, porque evidentemente, para que eso ocurra, existirá a lo menos una situación de aprovechamiento de la inmadurez de la víctima, lo que vicia el consentimiento y lo transforma en delito.

Por eso cuando durante la pasantía en el Ministerio Público me decían “no hay delito porque la víctima consintió”, estimaban que no había abuso de una circunstancia, porque para ellos el consentimiento era cualquier cosa diversa a la fuerza, ignorando que la falta de consentimiento puede darse por un sin fin de hipótesis más, como por la mayor experiencia o mayor madurez de una persona respecto de otra.

Segundo, la limitación arbitraria de edad en los 3 primeros numerales, restringe al sujeto activo de conductas abusivas de las que se debiera proteger a cualquier persona. En España, Alemania y Francia la tendencia ha sido eliminar el estupro como tal y tipificar conductas abusivas dentro de abusos sexuales, sin limitación de edad, donde cualquier persona puede ser víctima de ellos. Es más, se

¹⁹⁸ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. cit. 92 p.

podría entender como abuso sexual infantil, dado que este se entiende como la participación de obligar o inducir a una niña o niño o joven a participar en actividades sexuales, incluida la penetración¹⁹⁹ y niña o niño “todo ser humano menor de 18 años salvo que, en virtud de la ley aplicable, haya alcanzado a mayoría de edad.”²⁰⁰ Nos encontramos ante una situación de pedofilia que la ley no cataloga como tal.

Finalmente, e independiente que por la esquematización de este trabajo se haya dejado el consentimiento como un capítulo aparte al resto de los elementos del estupro, ningún autor de la doctrina nacional lo trata como si fuese una temática relevante. Es más, algunos ni siquiera lo mencionan, y al tenor de los requisitos, es indispensable que exista consentimiento, si no, nos trasladamos a una hipótesis de violación o en el peor escenario a una conducta lesiva, pero atípica.

Espero que el país esté prontamente preparado para avanzar hacia un Derecho Penal más comprometido con el desarrollo sexual de las personas, específicamente de las mujeres, que se nos reconozca ampliamente la libertad sexual en esfera negativa y positiva, que el ordenamiento jurídico reconozca las faltas de consentimiento distintas a la fuerza y que la Victimología vuelva su mirada a las víctimas de delitos sexuales.

¹⁹⁹ --- Influencia cultural en el proceso de reparación de víctimas de abuso sexual infantil. 2016
En: Serie Victimología 19: Protección a las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 112 p.

²⁰⁰ Asamblea General Naciones Unidas. 1989.

Bibliografía

---- Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. 2013. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Santiago. 328 p.

--- Influencia cultural en el proceso de reparación de víctimas de abuso sexual infantil. 2016 En: Serie Victimología 19: Protección a las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 111 - 126 p.

---- Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización. 2011. Dykinson. Madrid. 690 p.

ALLER, Germán. 2015. Derecho Penal y Victimodogmática. En: Serie Victimología 10: Ley y Víctima. Panorama internacional. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 118 – 140 p.

ALLER, Germán. 2016. Tratamiento, Resarcimiento y Reparación a la víctima. En: Serie Victimológica 19: Protección a las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 127 – 137 p.

AMADEO, Sebastián. 2015. La Ciencia Victimológica. En: Serie Victimología 17: Visibilización de la violencia. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 98 – 125 p.

Asamblea General de Naciones Unidas. 1985. Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder. 29 de noviembre de 1985. Disponible en línea [fecha consulta: 03 de septiembre de 2020] < <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> >.

BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho, N° Especial. Agosto 1997. 79 – 94 p.

BASCUR RETAMAL, Gonzalo Javier. 2016. La mujer como (eventual) autora de un delito de violación. Ars Boni et aequi. Vol. 12 (1): 59 – 90 p.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1999. Historia de la Ley N°19.617. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados.

BULLEMORE GALLARDO, Vivian. 2011. Tratado de jurisprudencia y doctrina: Derecho Penal. Thomson Reuters Puntotex. Santiago. 764 p.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. 2009. Problemas de política criminal y otros estudios. La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. Legal Publishing: Abeledo Perrot. Santiago. 212 p.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. 2007. El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”. *Ius et Praxis*. Vol. 13 (2): 137 – 155 p.

COX LEIXELARD, Juan Pablo. 2019. El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 25 (3): 307 – 332 p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2000. Objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2° Época. (6): 69 – 101 p.

DUSSICH, John P. 2015. La importancia de la Vulnerabilidad para la Victimología. En: Serie Victimología 12: Vulnerabilidad de las víctimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 9 – 16 p.

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y GUERRICA – ECHEVARRÍA, Casiano. 2006 Especial consideración de algunos ámbitos de victimación. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 127 – 204 p.

ESCOBAR SARÁUZ, Santiago. 2016. El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos. Maestría en Derecho Penal. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 102 p.

FATTAH, Ezzat. 2000. Victimology: Past, Present, and Future. *Criminologie*. Vol. 33 (1): 17 – 46 p.

FATTAH, Ezzat. 2015. Víctimas y Victimología: Los hechos y la retórica. En: Serie Victimología 2: Estudios sobre victimización. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 96 – 123.

FERNÁNDEZ COLLADO, Santiago. 2016. El delito de estupro: su historia y vinculación con el bien jurídico protegido. Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. 55 – 90 p.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. 2007. Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis del 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. Vol. 13 (2): 105-135.

GARRIDO MONTT, Mario. 2005. Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 522 p.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. 2004. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° Extraordinario (2): 75-100 p.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. 2019. De nuevo, sobre la heteropuesta en peligro consentida. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas. 2019 (2).

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. 2016. Los derechos de salud sexual reproductiva de los menores de edad en los derechos fundamentales. Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia. Vol. 2 (2): 215-225.

GUZMÁN DALBORA, José. 2016. Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Revista de Ciencias Sociales (68): 105-136 p.

HEFENDEHL, ROLAND; VON HIRSCH, ANDREW; y WOHLERS, WOLFGANG. 2016. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid. 468 p.

HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Historia de la Victimología. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 49 – 76 p.

HERRERA MORENO, Myriam. 2006. Victimación. Aspectos generales. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 77 – 126 p.

JONES, Daniel. Sexualidades adolescentes: amor, placer y control en la Argentina contemporánea. Buenos Aires. Ediciones Ciccus. 165 p.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. 2018. Derecho Penal y Política Criminal. 2° edición. Santiago. Legal Publishing. 874 p.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. 1998. Las víctimas ante el derecho español. Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela. Vol. 21. Cursos e Congresos N°13. 167 – 208 p.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2010. Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control de riesgo. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 6 (74): 58-80 p.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2010. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría Unívoca) Revista Derecho Penal y Criminología. Vol. 31 (90): 89-113 p.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. 2013. El Consentimiento en Materia Penal. Derecho Penal y Criminología. Vol. 33 (95): 29-49 p.

MANCHIORI, Hilda. 2015. Victimología. Serie 13: Programas asistenciales victimológicos. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 268 p

MANCHIORI, Hilda. 2015. Victimología. Serie 18: Conmemoración de la Carta Magna de Naciones Unidas para las víctimas 1985 – 2015. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 196 p.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 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. Vol. 20 (2): 7 – 21 p.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2016. La violación como delito de propia mano. Una reconstrucción desde la teoría de la acción. Revista de Ciencias Penales. Vol. XLIII (4): 39 – 50 p.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GONZÁLEZ, María Cecilia. 2014. Lecciones de Derecho Penal parte Especial Tomo 1. 3era Edición. Santiago. Legal Publishing.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. 1976. El delito de estupro – incesto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (29): 293 – 238 p.

NARES HERNANDEZ, José Julio. 2019. Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual. Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia. Año 4, (12): 113-142 p.

NEWDICK, Douglas. 1992. Poder y consentimiento. Reduccionismo, dialéctica y la teoría del consentimiento. Spunk-press Online Library. [en línea] < <http://dftuz.unizar.es/externo/a/files/anarq-th/95003.htm> > [fecha consulta: 18 de noviembre de 2020].

OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. 2008. ¿Qué es la integridad sexual?. Corpus Iuris Regionis – Revista Jurídica Regional y Subregional (8). 39 – 55 p.

OXMAN VÍLCHEZ, Nicolás. 2015. La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. Política criminal. Vol 10. (19): 92-118 p.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli. 2016. Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. Revista Mexicana de Sociología. México. Vol. 78 (4): 741-767 p.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GONZÁLEZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 696 p.

RÍOS ARENALDI, Jaime. 2006. El consentimiento en materia penal. Política criminal Vol 6. (1): 1 -37 p.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2006. Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal. *Revista de Política Criminal* Vol.1 (1): 1-19 p.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. 2016. *Delitos sexuales*. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 458 p.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 2012. *Derecho Victimal y Victimodogmática*. Eguzkimore. San Sebastián. (26): 131 – 141 p.

RODRIGUEZ, Jorge. 2019. La Salud Sexual y Reproductiva en América Latina y el Caribe. *Revista INJUV*. Vol 8. (29): 5 – 11 p.

ROJAS VICUÑA, Natalia. *Delitos sexuales*. 2020. El consentimiento y el perdón de la víctima: un análisis del delito de estupro. Editorial Hammurabi. Santiago. 114 p.

SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena. 2010. Algunas consideraciones victimodogmáticas en los delitos sexuales. *Revista Ars Boni et Aequi*. Vol. 6 (2):111-130 p.

SCHNEIDER, Hans Joachim. 2018. La posición Jurídica de la Víctima del delito en el Derecho y en el Proceso Penal. En: Serie Victimología 22: La víctima y su protección Jurídica – Social. Buenos Aires, Argentina. Editorial Brujas. 80 – 106 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 1990. La victimo-dogmática en el derecho extranjero. *Victimología: VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. San Sebastián, España. 105-112 p.

TAMARIT SUMALLA, Josep. 2006. *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*. En: Manual de Victimología. Valencia, España. Tirant Lo Blanch. 15 – 48 p.

VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. 2018 *Vademécum de Criminología*. Tirant lo Blanch. Ciudad de México.128 p.

WINTER ETCHEBERRY, Jaime. 2019. Delitos contra la indemnidad sexual.
Tercera edición. Der Ediciones. Santiago. 85 p.