

INFORME DE LA COMISIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

BOLETÍN N° [11714-07](#)

HONORABLE CÁMARA:

La **Comisión de Seguridad Ciudadana** viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de ley de la referencia, originado en una moción de las diputadas señoras [Karol Cariola](#), [Carmen Hertz](#), [Camila Rojas](#) y [Camila Vallejo](#), sin urgencia.

Cabe hacer presente que mediante [oficio N° 14.410](#), de fecha 18 de diciembre de 2018, la Cámara de Diputados accedió a la petición de esta Comisión, en el sentido de tramitar esta iniciativa, y una vez informado por esta, se ordena que debe ser devuelto para su tramitación e informe a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Durante el análisis de esta iniciativa, la Comisión contó con la asistencia y colaboración de las siguientes autoridades e invitados, señoras y señores: la Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la **Fiscalía Nacional** Ymay Ortiz, y el abogado de la misma Unidad, Maurizio Sovino; la Jefa de la Zona de Prevención de Protección de la Familia de **Carabineros de Chile**, General, Berta Robles, y la Comisaria de la 35ª Comisaría de Delitos Sexuales, Mayor Paola Cerda; el Jefe Nacional Contra Delitos Sexuales de la **Policía de Investigaciones de Chile**, Prefecto Inspector Héctor González; el Jefe de Plana Mayor Comisario, José Contreras, y la Directora del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones, Comisario, Sandra Silva, y la Directora del Área Penal de la Asociación de Abogadas Feministas, ABOFEM, Camila Guerrero y el asesor legislativo, Leonardo Estradé-Brancoli.

I.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

Las ideas centrales del proyecto se orientan al siguiente objetivo:

Modificar el Código Penal, con la finalidad de establecer como una cuarta hipótesis en la comisión del delito de violación la exigencia de la concurrencia en la perpetración de los hechos de más de una persona; como asimismo contemplar de manera explícita la ausencia del consentimiento como elemento para tipificar este delito.

2.- NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

No contiene disposiciones con este carácter.

3.- NORMAS QUE REQUIEREN TRÁMITE DE HACIENDA.

No requiere ser conocido por la Comisión de Hacienda.

4.- EL PROYECTO FUE APROBADO EN GENERAL, POR LA UNANIMIDAD DE VOTOS.

En sesión N° 38, de 10 de abril de 2019, puesta en votación la idea de legislar, fue **aprobada** por la unanimidad de las y los diputados presentes.

Votaron a **favor** los diputados señores Miguel Ángel Calisto (Presidente), Gonzalo Fuenzalida, Andrés Longton (en reemplazo de la diputada señora Marcela Sabat), Cristhian Moreira, Osvaldo Urrutia, y Daniel Verdessi y las diputadas señoras Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Vallejo y Gael Yeomans.

5.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS.

ARTÍCULOS RECHAZADOS:

El artículo único de la moción, que es del tenor que sigue:

Artículo único. Sustitúyase el artículo 361 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 361: El acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

La mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.

Se entenderá, especialmente, que no hay consentimiento de la víctima en cualquiera de los casos siguientes:

1º Cuando se usa fuerza o intimidación;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia;

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima; y

4º Cuando haya participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

Puesto en votación el artículo único fue **rechazado** por unanimidad

Votaron en contra las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Andrés Longton (en reemplazo de la diputada Marcela Sabat), Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Rojas (en reemplazo de la diputada Gael Yeomans), Camila Vallejo y Daniel Verdessi.

INDICACIONES RECHAZADAS:

1.- De los diputados señores Fernando Meza y Jaime Mulet, para **agregar** en el artículo 361, el siguiente inciso final:

“Si el delito fuere cometido por el cónyuge o conviviente, se estimará como agravante del delito”.

Puesta en votación se **rechaza** por mayoría de votos.

Votaron en contra las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Maite Orsini, Andrea Parra, y Daniel Verdessi. Se abstuvo la diputada Camila Vallejo.

2.- De los diputados Fernando Meza y Jaime Mulet, al artículo 369 del Código Penal, para modificarlo de la siguiente manera:

a. Sustitúyese la frase: “los párrafos 5 y 6” por “el párrafo 6”.

b. Sustitúyese la frase: “podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte” por “estimaré como agravante del delito”.

Puesta en votación se **rechaza** por unanimidad.

Votaron en contra las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Vallejo y Daniel Verdessi.

6.- DIPUTADA INFORMANTE.

Se designó diputada informante a doña **CAMILA VALLEJO DOWLING.**

II.- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA MOCIÓN.

A modo de antecedente, relatan los patrocinantes de esta iniciativa que el 7 de julio del año 2016 en Pamplona, España, durante las fiestas de San Fermín, una joven mujer fue atacada por 5 hombres, quienes en principio la habrían acompañado hasta su auto, pero en el camino la redujeron, la sometieron y la penetraron por vía vaginal, anal y bucal. Las declaraciones de la víctima, consistentes durante todo el proceso dieron cuenta de que mantenía una actitud pasiva, no oponiendo resistencia, pero tampoco consintiendo en la agresión. El grupo de agresores, compartió filmaciones de los hechos entre sí, y llamándose a sí mismos “La manada”, nombre por el cual se ha conocido el caso de manera internacional. El día 28 de abril de 2018 se dio a conocer la sentencia decretando nueve años de cárcel por abuso sexual continuado para los cinco integrantes de “La Manada”, excluyendo el delito de violación, pues según la legislación española, para la concurrencia de intimidación como elemento necesario del tipo en el caso de la violación, debió existir “una amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”, cuestión que no ocurrió en la especie según el tribunal, debido a que consideró que la joven ingresó de manera voluntaria al portal donde fue atacada. Esta sentencia ha generado una gran indignación en no solo en España, sino que en diversas partes del mundo.

En Chile, el día 29 de abril de 2018, se conoció la denuncia de un caso semejante, en el cual una joven de 28 años fue violada por cinco personas en las cercanías del Estadio Nacional, habiéndose corroborado la violación mediante las lesiones constatadas en un centro asistencial al que fue trasladada con posterioridad.

Señalan que otro caso terrible de violación por múltiples agresores fue el vivido por Gabriela Marín Mejías, una joven de 23 años, parvularia de profesión y madre de dos niños, quien fue violada por tres agresores el 7 de agosto de 2012 en San Fernando. Gabriela fue brutalmente agredida por sus atacantes, quienes la golpearon y la penetraron incluso haciendo uso de piedras, algunas de las cuales fueron extraídas desde su vagina al recibir la posterior atención médica. Dos de los atacantes que contaban con antecedentes penales, fueron identificados por Gabriela, sin embargo, el tribunal los absolvió aduciendo no haber hallado pruebas suficientes. Luego de toda la revictimización sufrida en el proceso y la ausencia de justicia, Gabriela decidió terminar con su vida, dejando solamente algunas breves cartas rogando por que alguna vez se haga justicia para su caso.

Sostienen que estas situaciones instan a revisar ciertas materias relacionadas con las agresiones sexuales que han sido tipificadas en nuestra ley penal.

Respecto de los delitos contra la libertad sexual, sostienen que la libertad y la indemnidad sexual, así como todo su desarrollo, son un bien jurídico fundamental, cautelado y tutelado por el derecho internacional de los derechos humanos, y en consecuencia todos los Estados deben garantizarlos y resguardar que en ningún caso sean vulnerados o puestos en riesgo o amenaza. Así, Chile firmó y ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y mediante el decreto supremo N° 789 de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra promulgado en nuestro país.

Existen diversas normativas en el mundo, que siguiendo las determinaciones establecidas en la Convención, sancionan la violencia sexual contra las mujeres, niñas y adolescentes, y que tipifican como delitos los gravísimos hechos que constituyen la violación, el abuso sexual, el acoso y hostigamiento sexual, el forzamiento a la prostitución y la explotación de personas para el comercio sexual, la generación y comercialización de material pornográfico con menores de edad, la trata de personas con distintos fines, entre ellos los de índole sexual.

Precisan que Chile cuenta con un marco jurídico legal sobre prevención y sanción de la violencia contra la mujer, y si bien, lamentablemente la Constitución Política de la República no contempla de manera expresa la protección de la libertad e indemnidad sexual, en el capítulo III artículo 19°, se establece en sus numerales 1° y 7° la protección del “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” y el “derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”; lo cual engloba el ámbito de la libertad e indemnidad sexual. También en su numeral 9° se resguarda el “derecho a la protección de la salud” la cual también necesariamente debe referirse a la salud sexual. En materia legal es posible destacar la ley N° 19.617 sobre Delitos Sexuales de 1999; la ley N° 20.066 que sustituyó a la ley N° 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar VIF de 1994; la ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, entre otras.

Sobre el delito de violación y el consentimiento, expresan que en materia de violación, la norma matriz se encuentra en el artículo 361 del Código Penal, estableciendo el tipo penal que se sanciona mediante la comisión de este delito en tres hipótesis específicas:

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

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

- 1° Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.
- 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Por otra parte, en el artículo 362 del mismo Código se estipula la hipótesis de la violación del menor de 14 años, para la cual basta solo el acceso carnal, sin mediar ninguna otra circunstancia.

Los elementos del tipo penal del delito de violación son el acceso carnal, esto es penetración sexual por vía vaginal, anal o bucal y ya falta de voluntad de la víctima, circunstancia que se produce en 3 casos: 1.- Uso de fuerza o intimidación, vale decir la violencia física o las amenazas se utilicen en contra de la

víctima para acceder carnalmente a ella; 2.- Privación de razón o sentido de la víctima, lo cual le haría imposible a la víctima manifestar su voluntad, ya sea porque sufre de una condición cognitiva particular que le impide prestar su consentimiento, o porque se encuentra en una situación tal que no puede resistirse al agresor; y 3.- El caso de las personas menores de 14 años donde la voluntad de la víctima no es relevante para la determinación del delito.

En relación con lo anterior, y en particular en los casos de violencia o intimidación y de privación de razón o sentido de la víctima, hay un punto crucial en la tradición dogmática penalista, y es que se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y solo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la violación. Pareciera que, para el derecho penal, las mujeres son violadas por su incapacidad de resistirse y no porque alguien decidió vulnerar su autonomía personal y libertad sexual prescindiendo de su consentimiento.

Considerando lo anterior, opinan que una de las principales críticas que se hace al derecho penal, y en particular nuestro arcaico y conservador Código Penal, está relacionada con la poca rigurosidad con que se trata la ausencia de consentimiento en los casos en que las víctimas son forzadas, manipuladas o amenazadas de manera tal que terminan accediendo a ser objeto de acceso carnal. Basta que haya una manifestación de consentimiento, al decir de la argumentación de texto para que se entienda que el agresor que obtuvo ese consentimiento forzado no comete ningún delito. O peor aún, se considera que la falta de oposición, la inexistencia de resistencia de la víctima frente a la agresión del victimario, genera un principio de consentimiento que sería suficiente para la exclusión de la antijuridicidad.

Lo que se necesita es justamente romper con esa mirada tradicionalista y conservadora, además de profundamente equivocada, que consiste en entender que las personas, y en particular las mujeres, están siempre disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, salvo que manifiestamente expresen lo contrario. Se pretende dejar en claro en primer lugar que “no” significa “no”, pero que, además, el silencio o la inacción de la víctima jamás puede considerarse como una manifestación de consentimiento en favor del agresor. Arguyen que la tradición dogmática nos presenta comentarios tan desafortunados como los de Soler, que exige poner la alerta para no penalizar “la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella, que en el fondo desea y consciente”, dando a entender que la norma común es que la mujer está en general presta al acto sexual y solo excepcionalmente adopta un conato de resistencia.

Expresan que el desvalor presente en los delitos sexuales ha variado en el transcurso del tiempo desde la necesidad de proteger el derecho patriarcal del padre o del esposo, pasando por el honor de la familia, hasta llegar a la actual tutela respecto del daño físico y psíquico provocado en la víctima. Sin embargo, hoy en día la esfera de protección relativa a los delitos sexuales dice más bien relación con la autonomía individual de las personas y con su libertad e indemnidad sexual, donde la manifestación de consentimiento juega un rol fundamental.

Sobre el ataque en grupo y la ausencia de consentimiento, explican que un factor común y que no tiene expresa respuesta en nuestro ordenamiento es la violación cometida en grupo, para determinar si se cumple en concreto el tipo penal bastando la circunstancia de ataque por más de una persona. Una respuesta sencilla consistiría en afirmar que en estos casos concurre la segunda hipótesis de la agravante contenida en el artículo 12 N° 11 del Código Penal, 11° “Ejecutarlo con auxilio (...) de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”, cuestión que en general sería correcta.

Sin embargo, en el caso de la exigencia de fuerza o intimidación, la circunstancia de ejecutarse el delito conjuntamente con otras personas, y en particular el delito de violación, nos lleva a pensar que es severamente más difícil que la víctima haya podido repeler o impedir el ataque que cuando el agresor es uno solo, y que la sola ocurrencia de la agresión sexual ejercida por un grupo es razón suficiente para presumir la ausencia de consentimiento. Para definir si se puede entender falta de voluntad de la víctima, es necesario poner el acento en la asimetría de poder que se produce al haber más de un sujeto activo o al prevalerse de la participación de otros para la comisión del delito. En estas situaciones, comprender que la víctima deba sostener la carga de la prueba respecto a su falta de consentimiento parece abusivo y desproporcionado, y por eso una solución correcta es invertir dicha carga en relación con aquellos casos donde la ausencia de consentimiento en el acceso carnal pareciera ser más evidente, como cuando hay señales de violencia en la víctima o cuando ha sido agredida por varios agentes.

III.- RELACIÓN DESCRIPTIVA DEL PROYECTO.

La iniciativa parlamentaria consta de un artículo único, que sustituye el artículo 361 del Código Penal, que sanciona el delito de violación, agregando como N° 4 una nueva hipótesis que se puede dar para que concurra este acto ilícito y que acaece cuando hay participación de más de una persona en la perpetración de los hechos; además regula la ausencia de consentimiento como elemento esencial para tipificar el delito de violación, y establece respecto de este delito que la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.

IV.- DISPOSICIONES LEGALES QUE EL PROYECTO MODIFICA.

La iniciativa en estudio modifica el Código Penal, en la forma descrita en el acápite anterior.

V.-DISCUSIÓN Y VOTACIÓN DE LA MOCIÓN.

A.- DISCUSIÓN GENERAL.

Con el propósito de ilustrar de mejor forma a la Comisión, la Biblioteca del Congreso Nacional elaboró un estudio comparado sobre el tratamiento del consentimiento en la tipificación del delito de violación en las legislaciones de otros países. Al efecto, remitió el documento de trabajo denominado "[Falta de consentimiento como elemento típico del delito de violación. Análisis de legislación extranjera](#)", en que aborda aspectos jurídicos determinados en Gran Bretaña, Alemania, Suecia y Bélgica.

Con ocasión del estudio general de esta moción, junto al debate parlamentario, se recibieron observaciones y opiniones sobre la materia tanto de autoridades policiales como del Ministerio Público e invitados, según se describe a continuación:

La Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señora Ymay Ortiz en términos generales, sostiene que es un proyecto de ley que va en la línea correcta en cuanto a que la moderna regulación de los delitos sexuales abandona esa visión antigua que responde a modelos patriarcales, dentro del orden de las familias, y apunta a proteger la libertad de las personas.

Advierte que se debe abordar mediante una modificación general que abarque todos los delitos sexuales, que se ponga el eje en la libertad y no en la falta de resistencia u oposición.

Apunta que modificar el delito de violación sin considerar en íntegro los demás delitos sexuales, puede producir algunas incongruencias, sobre todo si se considera que el delito de violación, como el delito de estupro, son delitos bases y que por lo tanto inciden directamente en otras figuras delictivas que comprende los delitos sexuales.

El abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señor Maurizio Sovino, indica que respecto de esta iniciativa se debe sancionar cualquier conducta de carácter sexual que se cometa sin el consentimiento o contra el consentimiento de la víctima y del consentimiento viciado, algo de lo que adolece la propuesta, como aquellos que son engañados para dar su consentimiento sexual.

Estima que cuando se inicie el estudio del nuevo Código Penal será la forma en que se aborden sistémicamente los delitos sexuales.

Informa que los delitos de violación y estupro son la base de la tipificación de todos los delitos sexuales, de manera que una correcta modificación se debiera pronunciar respecto de estos dos delitos, de manera íntegral.

Aclara que la propuesta mantiene la estructura actual de hacer referencia a vía ejemplar a circunstancias comisivas como la fuerza o la intimidación, cuando ello debiera quedar de lado y dejarlo solo como temas probatorios. Una correcta sanción debe abarcar cualquier conducta que se realice contra o sin la voluntad de la víctima.

La diputada **Camila Vallejo** señala que en su calidad de autora de la moción, quiere exponer a la Comisión una propuesta de modificación a ella, cuyo conocimiento permitirá una mejor discusión y debate del proyecto en tabla.

Al efecto, explica que hay mejoras que se pueden hacer en el tipo propuesto y por ello sugiere que este sea considerado como una indicación sustitutiva.

Argumenta que la propuesta busca mejorar el tipo penal incorporando la perspectiva de género, de acuerdo a lo que se ha avanzado internacionalmente, que es redefinir el delito de violación poniendo como centro el consentimiento, es decir, cuando no consentimiento no se puede entender que no hay una agresión sexual o una violación, incluso aunque no concurra la fuerza o privación de voluntad en algunos casos, porque el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la indemnidad sexual.

Advierte que muchos casos en que la mujer no opuso fuerza en el resistir o no estaba privada de voluntad, sino que se paralizó simplemente, se entiende que ella no se opuso a la violación. Afirma que eso es una violación a la indemnidad sexual.

Como se trata de una legislación conservadora, entiende que la mujer siempre está dispuesta para la relación sexual, de manera que se entiende que solo en estos casos no está esa disponibilidad y consentimiento.

Explica que estas situaciones significan que violaciones cometidas por el marido quedan impunes, a la vez de situaciones en que mujeres han sido violadas por varios hombres a la vez o que son objetos de amenazas, como de deportación, de imputarles falsamente un delito o amenazadas con perder su trabajo.

Se refiere a que esta modificación significaría cambiar la carga de la prueba, que correspondería al acusado, pero en ningún caso se trata de invertir la carga de la prueba; es la víctima la que debe demostrar que no hubo consentimiento, solo que ahora se amplía el concepto respecto a esa falta o denegación de consentimiento.

Explica un caso de 2007, en que el Tribunal del Juicio en lo Penal de Arica, en el fallo 28-2007 se pronunció respecto de la violación denunciada por una mujer boliviana, absolviendo al imputado, toda vez que no dio por probada la falta de consentimiento necesario para configurar el tipo penal.

El 7 de agosto de 2012, G. M. de 23 años fue atacada sexualmente por tres agresores, en San Fernando, quienes la golpearon y la penetraron, incluso, con piedras. Sin embargo, el tribunal los absolvió aduciendo no haber hallado pruebas suficientes.

La propuesta de cambio en base a las normas de procedimiento y de prueba para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que en casos de violencia sexual, la Corte se debe regir por los siguientes principios, que aplicará cuando procedan. A) El consentimiento no puede deducirse de ninguna palabra o conducta de la víctima, o cuando la fuerza o amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. B) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre. C) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima de la supuesta violencia sexual. D) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo, no podrá inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o del testigo.

Señala que esto son elementos claves, que demuestran cómo se ha avanzado en materia penal internacional, pero no es recogido en nuestro Código Penal, de modo que no es necesario mostrar o demostrar resistencia física como falta de consentimiento, ni tampoco se debe atender a lo que se denomina historial sexual de la mujer.

La propuesta no pasa por un aumento de las penas, solo amplía las presunciones de no haber consentimiento.

En los tres casos actualmente conocidos en el artículo 361, del Código Penal se requiere demostrar que hubo resistencia física, se encuentre privada de sentido o es incapaz de oponerse o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Observa que hay muchos casos en que la mujer queda paralizada, no opone resistencia física ni es capaz de decir nada, pero no consiente. Aun así se dice o se entiende el argumento de que consiente.

Reconoce que su propuesta carece de claridad en cuanto se ha querido entender que se sancionan cierto tipo de actividades sexuales que son comunes o aceptables entre adultos de modo que su propuesta señala cuando se aprovecha de la falta de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponer resistencia cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos".

En su propuesta agrega incorporar como violación y no como agresión sexual como se contempla hoy, porque el acceso que deriva en una violación no es solamente el carnal, sino el de usar objetos en el acceso carnal o

violación de un hombre o una mujer, pero ello se considera como una agresión sexual y la pena es la misma. Por ello para poder ordenar el tipo de violación, lo remiten al artículo 361.

Se entiende que en los casos de menores 14 años no hay consentimiento, por lo que se debe considerar igualmente como una violación.

Propone eliminar el tipo que sanciona la sodomía, porque considera que a estas alturas es una figura que se encuentra superada por los tiempos respecto de relaciones consensuadas.

El **diputado Daniel Verdessi** comprende la enmienda propuesta por la diputada Camila Vallejo. Explica que en su experiencia como médico general de zona ocurre que debe oficiar como médico legista. En tal caso conoció una denuncia hecha por una madre sobre violación de una niña, lo que se habría realizado por el padre. Finalmente se demostró que había lesiones pero que ellas habrían sido causadas por la madre con un objeto determinado.

Al hablar de la carga de la prueba en estos intentos de seducción por vía electrónica o en los delitos de violación, es importante que ellas sean contundentes en la comprobación de los hechos.

El **diputado Mario Desbordes** pide su opinión al Ministerio Público respecto de lo que expuso la diputada Camila Vallejo, respecto de subsumir como violación otras formas de acceso carnal como el que se realiza con objetos que se sancionan como abusos, que visión hay respecto del problema de la carga de la prueba y su eficacia.

La **Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señora Ymay Ortiz** señala respecto de la exposición de la diputada Vallejo, que ella apunta en la decisión correcta en términos de cambiar el eje, aun cuando puede haber algún matiz respecto de la indemnidad sexual es un bien jurídico protegido respecto de los niños, porque se relaciona con el adecuado desarrollo sexual de los menores y en el caso de los adultos el bien jurídico es la libertad sexual.

Respecto a la circunstancia que no sea solo mediante la introducción del miembro viril, es algo que se encuentra regulado de alguna manera, como abuso sexual y tiene la misma pena, pero ello es también violación y estima que es lo correcto en cuanto al bien jurídico protegido.

En ese sentido, la propuesta lo unifica y le da un tratamiento como lo hace la doctrina y otras legislaciones, es decir, como una violación.

Respecto de la carga de la prueba, se trata de considerar la presunción de inocencia y por ello es carga del órgano persecutor, más allá de la víctima, quien debe acreditar la configuración de los elementos del tipo y probar su acusación, porque prima constitucionalmente y es una garantía, más allá de la carga de la prueba y el persecutor debe romper la presunción de inocencia.

Aclara que con la propuesta hecha recientemente, el proyecto presenta el mismo déficit, que es regular solo una parte de los delitos sexuales, cuando es necesario hacer un cambio integral, porque los delitos de violación y de estupro sirven de base a todos los demás, a las distintas formas de abuso sexual y ese es un cambio necesario que se debe contemplar en el futuro Código Penal o realizar una modificación integral de los delitos sexuales, porque como hay dependencia de estos tipos penales de abuso sexual a la definición de violación, es necesario hacer estas modificaciones para que no se produzcan incoherencias respecto de las definiciones.

Agrega asimismo que tiene el mismo problema, la falta de consentimiento, porque cuando se dan algunas hipótesis, a partir del principio de legalidad, los jueces se amparan en este principio y terminarán sancionando solo esos casos que se ejemplifican. Es lo que pasa en los tipos penales cuando se señala “a vía ejemplar” o “se considerará especialmente”.

Aclara que de acuerdo al principio de legalidad, se sanciona solo lo expresamente señalado en la ley y por querer amarrar, los jueces encuentran un motivo para absolver en base al principio de legalidad.

Respecto de la derogación de la tipificación de la sodomía, hay quienes plantean su inconstitucionalidad y creen que se debería derogar aquellas conductas donde no hay una víctima ni atentado al bien jurídico protegido de libertad. Así también se puede discutir respecto del incesto, en cuanto es una relación sexual entre parientes, adultos y consentida, parece que el derecho penal no debiera ser aplicado ahí, pues parece ser más del ámbito moral.

La Directora del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones, Comisario, señora Sandra Silva expone desde la experiencia del Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales, CAVAS pericial y del CAVAS reparatorio, la importancia que tiene el consentimiento en estos delitos.

Indica que cuando la víctima de un delito sexual carece de manifestaciones, de externalización de conductas, sean emocionales o verbales, que puedan repeler una agresión sexual o manifestarse ante ellas, no significa fehacientemente consentimiento no, puesto que estas manifestaciones dependerán del desarrollo evolutivo de la víctima, por una parte, considerando que los niños, en su desarrollo evolutivo no tengan las competencias evolutivas y emocionales o conductuales para defenderse ante una agresión sexual.

En el caso de los adultos, es posible que ellos quieran proteger su integridad física y por ello no desarrollen habilidades para enfrentar una agresión sexual, toda vez que a nivel educativo y comunicativo se enseña en todas las campañas de prevención que la mejor actitud ante el delito es no repelerlo o afrontarlo, sino que por el contrario se debe oponer la menor resistencia.

Esto es algo que se debe considerar en el ámbito de los delitos sexuales y el consentimiento constituye un nudo crítico frente a la situación penal. Por ello expone que sería interesante que se pueda someter a revisión el artículo.

En cuanto a los menores, destaca la importancia de considerar el desarrollo evolutivo, considerando que hay aspectos culturales que van al desarrollo de las agresiones sexuales.

Explica que las agresiones sexuales tienen componentes educativos, culturales, biológicos y están en la base del fenómeno de agresión sexual. Por ello el consentimiento es un nudo crítico en este articulado.

El Comisario de la Jefatura Nacional Contra Delitos Sexuales de la PDI, señor José Contreras, expone algunos datos estadísticos que se refieren a violaciones cometidas contra personas mayores de 14 años. Explica que las denuncias a partir del año 2016 a 2018 en relación con los delitos de violación de mayores de 14 años no se contempla una diferencia por sexo, sino los considera a hombre y mujeres en conjunto y se puede ver un aumento en ellas, de 3955 en 2016 a 5002 en 2018.

Respecto de los delitos cometidos contra mayores de 14 años en 2016 se recibió 444 denuncias y en 2017 fueron 473, mientras que en 2018

se recibieron 453. Las violaciones de menores de 14 años son 493, 494 y 535 denuncias respecto de los mismos años, siendo en estas un crecimiento exponencial en el número de denuncias recibidas.

En materia de denuncias en 2018 solo por denuncias de delitos sexuales, la PDI recibió 5500 denuncias, siendo en su mayoría víctimas de género femenino y que representan el 81 por ciento. Las víctimas masculinas alcanzan al 18 por ciento. En cuanto a las órdenes de investigar que dictadas a las 23 unidades regionales de la PDI, la cifra es de 13875.

En relación con la propuesta legislativa para modificar el delito del artículo 361 del Código Penal, esta recoge elementos relevantes respecto del fenómeno de la violencia sexual y en particular del delito de violación.

La dinámica subyacentes en estos atentados a la libertad sexual, reconoce que la base de un ataque sexual hay una asimetría de poder que dificulta o imposibilita oponerse a una experiencia como la violación. Esto implica visibilizar la forma en que se desarrollan este tipo de agresiones que conllevan el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad desde el punto de vista físico, psicológico y evolutivo.

Adicionalmente a la propuesta, se observa que existe una concordancia con la contingencia actual, toda vez que de un tiempo a esta parte se ha venido exigiendo la necesidad de visualizar y hacer valer los derechos de la mujer.

De esta manera, en la actualidad existe la necesidad de incorporar en las discusiones de diversos fenómenos sociales, la mirada de género, que cuestione y modifique pautas relacionales basadas en la violencia (simbólica y concreta) y discriminación hacia la mujer.

Asimismo, en la iniciativa, se propone modificar solamente la violación del artículo 361 del Código Penal, del espectro general de los delitos de violencia sexual que en este caso afectan la libertad sexual de las personas, lo que podría involucrar inconvenientes prácticos, debido a que las circunstancias comisivas del delito de violación del artículo 361 y estupro del artículo 363 sirven como base en los delitos de abuso sexual y esto de alguna forma puede afectar a los demás delitos.

Señala que es relevante esta iniciativa legislativa, en términos de reconocer la importancia de sancionar los hechos que afecten la libertad de una persona cuando no ha existido voluntad de la víctima en vincularse sexualmente con otra, por no contar con su consentimiento o porque éste se encuentre viciado por el accionar del agresor.

Desde el punto de vista de la investigación criminal, sugieren la posibilidad de modificar los delitos contenidos en los artículos 361 al 366 quater del Código Penal.

Estiman que desde el punto de vista investigativo y en su calidad de operadores del sistema de justicia penal, que estos temas tan relevantes deben ser objeto de una profunda modificación del Código Penal, que reconozca de manera íntegra la libertad sexual y autodeterminación sexual de las personas

En relación a aquellos delitos de violación donde concurre la participación de dos o más agresores, señala que en la experiencia investigativa los delitos sexuales y en especial la violación, en la gran mayoría de los casos corresponde a un agresor, el que habitualmente es del ámbito intrafamiliar o bien extra-familiar pero cercano de la víctima. Sin embargo, en aquellos casos que ha

existido dos o más figuras agresoras, como es el caso del fenómeno citado en la fundamentación de este proyecto de Ley “La Manada”, son la excepción, siendo lo común que la perpetración del delito tenga un solo sujeto activo.

Respecto al nuevo artículo 361 que se incluye en la moción en estudio, propone lo siguiente: Estima que el inciso segundo de la propuesta que señala “La mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento” es declarativa y refuerza de manera repetitiva la ausencia de consentimiento, que desde el punto de vista investigativo consideramos debería referirse a la falta de voluntad o voluntad manifiesta de la víctima, ya que en las discusiones jurídicas el consentimiento puede tornarse complejo en términos de determinar el momento en que este se estima fue otorgado o no por la víctima y el modo en que se entendió por parte del agresor.

Agrega que la modificación de este artículo debería incorporar la introducción de objetos en el acceso carnal, tomando en consideración los cambios sociales actuales en nuestra sociedad, en que la forma relacional es diferente y en muchos casos el daño causado o lesividad del mismo, puede ser igual o mayor que la introducción de un pene. En la actualidad, este tipo de realidades, constituyen la figura de un abuso sexual calificado. En el caso de las circunstancias indicadas en el N°4 del nuevo artículo 361, esto es “Cuando haya participación de más de una persona en la perpetración de los hechos” debe ser considerada como una circunstancia agravante especial de los delitos sexuales

De igual manera, estima que como circunstancias agravantes especiales de los delitos sexuales debería incluirse: Cuando el delito se cometa anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; Cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el agresor de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad sexual de la víctima, interviniendo con engaño o abusando de una posición conocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, ya sea en tiempo parcial o permanente; Cuando los hechos se cometan por la actuación o participación conjunta de dos o más personas; Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

La Jefa de la Zona de Prevención de Protección de la Familia de Carabineros de Chile, General de Carabineros señora Berta Robles, comenta que su exposición está hecha teniendo presente el texto del proyecto de ley que se presentó originalmente. Destaca que en la propuesta de modificación que se hace lo primero que resalta es que se establece la falta de consentimiento de la víctima debido a que en muchas ocasiones el consentimiento es algo que no se puede probar, como es el caso conocido como “la manada” en que se tipificó como abuso sexual porque la víctima entró voluntariamente al lugar en que se encontraban las personas, aunque ello no signifique consentimiento en el acto sexual.

Destaca que la mera falta de resistencia o inacción de la víctima no constituye falta de consentimiento y se destacará lo importante del término, además se muestran de acuerdo en que se mantenga como circunstancias especiales lo que ya se encuentra establecido en artículo 361 del Código Penal y agregar la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos, lo que se podría haber contemplado como una agravante, pero ya se encuentra esa situación regulada en el artículo 12 del Código Penal.

El proyecto de ley contempla maneras especiales de cometer el delito de violación y agrega las frases que destacan la situación de ser sin consentimiento de la víctima y que ese consentimiento no se configura por la inacción o falta de resistencia de la víctima y ello permite entender la figura de la

violación ante la acción de dos o más sujetos sin que se presuma un consentimiento.

La estadística de Carabineros a nivel nacional, recibieron 1737 denuncias en 2017 y 1995 en 2018, cifras que demuestran una variación preocupante, que va en aumento de una 15 por ciento.

Las regiones que presentan la mayor tasa o número de mujeres que han sido víctimas de violación, por cada cien mil habitantes, son las de Antofagasta, Los Ríos y Los Lagos que sobrepasan la tasa de mujeres víctimas de violación.

La distribución del delito de violación según edad, muestra que en el caso de los mayores de 14 años equivale al 69 por ciento de las denuncias que recibe Carabineros de Chile. La violación de menores de 14 años equivale al 31 por ciento, lo que muestra que a pesar de los que se pueda creer, la mayor cantidad de víctimas del delito de violación corresponde al segmento de mayores de 14 años.

Arguye que hay dos manifestaciones de este delito, las que califica como intra muros, en que el violador es una persona que debería precisamente prestar cuidado y seguridad a las víctimas y los extra muros donde generalmente el delito es cometido por un desconocido.

La violación es el más grave de los delitos sexuales y como tal, sus efectos no son mensurables fácilmente y se configura en base a un atentado contra la voluntad de la víctima, sin importar si se logra consumir ese atentado mediante golpes, intimidación, el uso de drogas o alcohol o cualquier otro de elemento de coerción.

Enfatiza que este proyecto de ley está de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente con la prevención y erradicación de violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, donde específicamente se habla de la violencia en base a género y el delito de violación, especialmente el que ocurre dentro del matrimonio o de la vida común de las parejas, es un delito de violencia de género.

Esta iniciativa amplía la posibilidad de prueba al incorporar en el tipo penal la circunstancia descrita, adecuando la legislación penal a la forma especial de comisión del delito, consignando expresamente cuando no hay delito de la víctima.

Hace presente que una víctima puede verse paralizada en una circunstancia como lo sería las de este delito. Pide que se tenga presente que en otros delitos, también violentos como el robo de un vehículo, se producen estas faltas de reacción de las víctimas, de manera que es muy probable que ello ocurra ante la amenaza de un delito de violación.

Relata que Carabineros de Chile ha implementado 60 salas de familia y 254 oficinas de violencia intrafamiliar, unidades especializadas que están en condiciones de prestar una atención diferenciada para este tipo especial de víctimas, que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que tiene mayor trascendencia para la vida y considerando además, la situación de estrés post traumático de quienes son víctimas del delito.

Agrega que en Santiago está la 35ª Comisaría de delitos sexuales que es una unidad especializada, que mantiene atención diferenciada a las víctimas, con acogida a las denuncias que se reciben y con personalmente altamente capacitado y especializado para la investigación de delitos sexuales.

La Comisaria de la 35ª Comisaría de Delitos Sexuales, Mayor Paola Cerda llama la atención sobre una buena herramienta investigativa que se constituye a partir de la frase “sin consentimiento de la víctima”.

Cuando la víctima se queda congelada, sin saber qué hacer, son reacciones emocionales que tienen un nombre, las memorias vividas, la víctima puede generar un estado involuntario de parálisis física que se conoce como inmovilidad tónica, que es lo que corresponde cuando la víctima dice que se queda congelada y deja hacer al victimario porque no opone resistencia; todas acciones que son cuestionadas, incluso a veces por las propias policías que investigan.

Estima que esto debería ir de la mano con informes periciales que den cuenta de daño, pero en ningún caso sobre credibilidad de la víctima; esos informes serán lo único que la víctima podrá presentar para no ser cuestionada.

La unidad de la que es Comisaria trabaja después de la comisión del delito, no es un trabajo preventivo, es investigativo, con un desarrollo más complejo en esta labor, donde se busca la evidencia para que se presente al tribunal para decir que esa persona efectivamente es víctima de violación.

A veces el delito deja lesiones físicas que se perician por el Servicio Médico Legal, pero en el caso de los abusos, no hay lesiones que se puedan constatar, sin perjuicio de afirmar que el daño está hecho, por ello opina que considerar esto es una buena opción, porque se debe considerar que existe este tipo de reacciones, que no las conocemos como lo conoce un psicólogo, por ejemplo.

Aclara que Carabineros de Chile solo tiene una unidad de delitos sexuales, la 35ª Comisaría, e investigan toda la región metropolitana y peticiones de regiones. Por ello no tiene una estadística nacional de investigaciones de delitos de violación.

Acusa que en las denuncias de violación entre sujeto conocido y desconocido, existe una diferencia de 20 por ciento y la diferencia radica que cuando se trata de un conocido, familiar de la víctima por ejemplo, se producen situaciones que mueven a la víctima a cambiar su declaración, por ello es importante tener claro que esos relatos pueden variar según ciertas circunstancias. Esta referencia entre sujeto conocido y no conocido, también es importante.

Como unidad investigativa, desarrollan también una labor de educación y prevención de estos delitos en colegios, en municipalidades, juntas de vecinos y operativos cívicos en las comunas, de manera que las personas saben que existe al aumento de denuncias una red de apoyo para estos casos, algo que puede mover al aumento de denuncias porque sabe del delito y que no quedara impune.

Es necesario que en la denuncia se agregue el máximo de información sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, porque con ello se puede tener una mejor investigación y un mejor resultado.

El señor **Maurizio Sovino** acota, en términos generales, que esto es un cambio de paradigma y que el paradigma al que apuntan las legislaciones más actualizadas es a cambiar la conducta por la ausencia de consentimiento.

Expresa que el Código Penal regula, a través de conductas centradas en el patriarcado a través del acceso carnal del pene como la conducta más grave a partir de la cual derivan otras.

La propuesta es una inversión de estas ideas, donde lo que importa es que no hay consentimiento en una actividad sexual, es decir, afecta mi libertad sexual obligándome a hacer algo o recibiendo cosas que no quiero. Este es un cambio de paradigma y a partir de ahí se debe construir la nueva legislación.

Hace presente que es distinto aumentar la cobertura del derecho penal, con diferentes graduaciones en conductas y decidir qué conductas se van a sancionar como delitos y otra muy distinta es referirse a la eficacia sancionatoria del sistema penal, que son asuntos que corren en paralelo pero que se debe tener presente, pero que importa actualizar las redacciones de los códigos y recibir nuevas propuestas para que la voluntad sea mejor protegida en materia sexual.

En cuanto a la ausencia de consentimiento sin ejemplos, en otros países como España, se establece una graduación de las conductas sin ausencia de consentimiento, de manera que si esta fue a través de métodos violentos se sanciona con una pena más alta y dentro de eso existen agravantes como acceso carnal, introducción de objetos pero en la figura es el consentimiento lo que está en la base. Después hay otras conductas que se configuran a través del engaño.

Advierte que se debe ser cuidadoso respecto de las agravantes, puesto que a mayor pena, será mayor el estándar para el sistema probatorio y poder restablecer una sanción penal.

Observa que es posible pensar en tener una figura base, con una penalidad un poco menor e ir agravando en ciertas hipótesis, por ejemplo un acceso carnal será más grave que obtener un consentimiento mediante engaño de la víctima o aprovecharse de alguna forma.

Resalta que nuestro sistema está construido en base a circunstancias comisivas de la violación y el estupro y es por ello que necesita que haya dialogo entre ellas, porque si en la violación que conocemos ahora, establecemos que es solo sin el consentimiento, será raro que a los adolescentes se les pida que deban ser engañados, esta falta de comunicación en el tipo puede dejar desprotegido a ciertos grupos vulnerables si es que no es sistémico.

Lo mismo ocurre en relación con el abuso sexual. Se dice que comete abuso sexual el que lleva a cabo alguna conducta de significación sexual y relevancia con las circunstancias de la violación. Por ello si eliminamos las circunstancias de la violación, hay que ver la forma en que se modifica ese delito y por ello hay que pensar en un efecto dominó.

La **Directora del Instituto de Criminología de la PDI, Comisario, señora Sandra Silva** se refiere a la falta de consentimiento y destaca también que es importante el cambio de paradigma considerando que según las estadísticas, en la mayor cantidad de casos, el violador es conocido.

Comenta que en los menos casos se trata de episodios únicos y que pueden resultar impactantes comunicacionalmente, pero la estadística muestra que cerca del 70 o 80 por ciento de las denuncias corresponden con un agresor conocido, que ha abusado de la víctima y que respecto del consentimiento no se sabe si es voluntario, espontaneo o inhibido pero que en todo caso lo ha conseguido a través de un abuso de la relación de confianza, que se genera a través de muchos años, abusando a veces de una relación de paternidad, un padrastro o de algún parentesco y en que el abuso se devela después de años de abuso y delitos.

Precisa que es mucho más complejo, para las instituciones y la pericia y la investigación policial el poder probar la disposición de la víctima y el consentimiento.

La **Comisaria de la 35ª Comisaría de Delitos Sexuales, Mayor Paola Cerda** señala que Carabinero actúa como unidad policial y en ello se debe actuar como la primera contención de la víctima que debe o quiere entregar una denuncia, antecedentes o pedir auxilio.

Desde el punto de vista institucional han hecho enlaces con otras instituciones, casas de acogidas, ONG, y el mismo Ministerio Público de manera que las redes de apoyo siempre deben estar en contacto y como primera acogida, sus funcionarios tienen las competencias necesarias para poder acoger a la víctima de un carabinero que no tiene esas competencias.

La **Jefa de la Zona de Prevención de Protección de la Familia de Carabineros de Chile, General de Carabineros señora Berta Robles** informa respecto de las denuncias de las medidas cautelares, que durante 2018 Carabineros de Chile atendió poco menos de 14.500.000 procedimientos en total, de distinta naturaleza, en promedio 28 procedimientos por minuto.

Destaca que para el cumplimiento de medidas cautelares o de protección se necesita una unidad o medio de vigilancia según plan cuadrante, eso quiere decir, a lo menos dos carabineros y un vehículo, con una demora de cumplimiento por cada orden cercano a los 58 minutos.

Para el cumplimiento total de las medidas cautelares llevadas a cabo durante 2018, exactamente 155.837, se necesitan poco más de 19 mil carabineros con turnos de 8 horas, es decir, 54 mil carabineros en 24 horas solo para medidas cautelares, teniendo presente que el total del personal de carabineros es de 60 mil funcionarios.

De las medidas cautelares, 28.300 de ellas correspondieron a medidas por violencia intrafamiliar. Del total de estas medidas cautelares en 2017, el 16 por ciento fueron detenidos por desacato.

Durante 2018 por cada 10 medidas cautelares en violencia intrafamiliar cumplidas por carabineros, hubo dos detenidos por desacato en promedio. De esta manera queda explicado que es imposible cumplir toda la demanda por requerimiento de medidas cautelares y otros procedimientos que se les pide a Carabineros.

El **Comisario de la Jefatura Nacional Contra Delitos Sexuales de la PDI, señor José Contreras**, aclara que si bien no tiene la estadística en materia de femicidios, la PDI cumple medidas cautelares respecto de delitos de esta entidad.

Acerca de denuncias en el contexto de violencia intrafamiliar o delitos base de femicidios los funcionarios tienen conocimiento de sus obligaciones legales, entre ellas, la obligación de tomar denuncia y levantar las pautas de evaluación de riesgo. Es el Ministerio Público quien solicita esas medidas cautelares y hay comunicación directa e inmediata con sus fiscales.

El **abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señor Maurizio Sovino** profundiza respecto del proyecto de ley, indicando que la violencia sexual hoy se estima constituye una verdadera pandemia a nivel mundial y que en todos los países existe una alta tasa de violencia sexual y que no es algo erradicado del mundo.

De esta forma, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que la violencia sexual incluye distintas formas de maltrato, de actos y conductas y tipos de violencia. Así se encuentra la violación, los abusos sexuales, la explotación sexual, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, etc.

En todas estas figuras lo común es la falta de consentimiento o el involucramiento en una esfera sexual de personas que no quieren participar en ello.

Explica que si bien todas las personas somos susceptibles de vernos afectados por la violencia sexual, las estadísticas son claras en mostrar que hay grupos que se ven más afectados o expuestos por esta violencia, principalmente la mujeres porque es un mecanismo de control que la sociedad androcéntrica ha usado para dominar a las mujeres, los niños, niñas y adolescentes como los adultos a través del control sexual también dominan esta población y otros grupos vulnerables como los migrantes y personas de grupos de diversidad sexual. Respecto a las mujeres, la OMS señala que la violencia sexual es un grave problema de salud pública y que es obligación de cada Estado tomar las medidas necesarias para proteger a las mujeres de este tipo de violencia. Naciones Unidas también se ha referido a esto y señala que es uno de los mecanismos sociales por los cuales el hombre fuerza a la mujer y acentúa las asimetrías de poder.

Aclara que en nuestro país hay dos convenciones internacionales que obligan a Chile a tomar todas las medidas necesarias contra la violencia ejercida a la mujer; una es la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer y la otra, la Convención de Belém do Pará que obliga a sancionar todo tipo de violencia y adoptar las medidas para investigar y sancionar de forma completa la violencia contra las mujeres.

Señala que si bien las mujeres son las más afectadas por este tipo de violencia, los niños, niñas y adolescentes también son también importantes y de hecho la cifra crece más tratándose de niñas y adolescentes mujeres, que son los grupos más afectados con la violencia sexual. Un estudio de violencia sexual mundial realizado por Unicef sobre prevalencia, ha señalado que sobre 120 millones de niños, niñas y adolescentes bajo los 20 años, 1 de cada 10 ha sufrido violencia sexual.

Agrega que todas las mujeres crecen con el miedo de ser afectadas en su esfera sexual, lo que no se da en los hombres. Esto es porque entre las mujeres, sus pares o familiares han sido víctimas de esta violencia.

El caso de niñas, niños y adolescentes anuncia algunas diferencias, pero igualmente hay Convenciones internacionales que nos obligan a sancionar la violencia sexual contra estos grupos etarios, como por ejemplo la Convención de los derechos del niño y los protocolos facultativos de la misma Convención.

Respecto de estos grupos de personas, cuando hay otras variables que se cruzan, como el ser migrantes o de minorías sexuales, aumentan estos riesgos de ser víctimas de violencia sexual.

Sobre las cifras, el último estudio de la unidad que representa, de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, las víctimas por género de 2010 a 2017, fue en promedio de un 86 por ciento de género femenino y solo un 14 por ciento de los varones que es principalmente de niños hasta 10 años, etapa en que no aprecian ningún carácter sexual secundario, que hace que personas que usan el sexo como forma de control, dejen de abusar de ellos.

Dice que las cifras nacionales expuestas justifican estas modificaciones que se proponen. Agrega que 2018 ha sido el año con más ingresos de estas causas desde el inicio de la reforma procesal penal, lo que no necesariamente significa que haya más delitos, sino que la gente se atreve más a denunciar. Recuerda que hubo movimientos sociales que permiten visualizar más este tipo de conductas, por ejemplo delitos cometidos dentro de las iglesias, casas de estudio o intrafamiliar, que han llamado a que la gente confíe más en el sistema y que hacen de esta una oportunidad para poder dar mejores soluciones.

Informa que el año pasado se reportaron 31.743 víctimas, en que la mayoría, por rango etario corresponde a niños, niñas y adolescentes.

Acerca de los delitos y la formas de sancionarlos, señala que los grandes delitos que conoce el Ministerio Público son los de abuso sexual con contacto, las tocaciones, y sin contacto, que pueden ser víctimas los niños, niñas y adolescentes como *grooming* o mediante la exhibición de material pornográfico o contactos virtuales.

El tercer gran delito es la violación de persona mayor de 14 años y que se relaciona directamente con el proyecto en discusión.

La gran mayoría de los ingresos se encuentran dentro de los delitos de abuso sexual y violación.

Acota que la característica de los delitos de abuso sexual es que se relacionan o se redirigen a la tipificación del delito de violación y al de estupro, de manera que al modificar el delito de violación trae como consecuencia, como un efecto cascada, la modificación de los delitos de abuso sexual. De esta manera la reforma se relaciona con estos delitos que significa aproximadamente el 63 por ciento de los ingresos anuales y que el año fueron poco más de 26 mil casos.

Argumenta que se debe considerar que dentro de la gran mayoría de la doctrina penal y la jurisprudencia nacional, se estima que el bien jurídico protegido es la libertad sexual o libertad de autodeterminación sexual y que hay al efecto existe una libertad positiva y una negativa.

La dimensión positiva es que uno puede hacer lo que quiera dentro de la esfera sexual y la dimensión negativa significa que no puedo ser invadido ni obligado a hacer aquello que no se quiere y es en esta la que se debe focalizar el trabajo.

En una forma purista, la manera en que se sancionan estas conductas debiera ser mediante la determinación por cuáles vías afectamos la libertad sexual y de esta forma, en derecho comparado porque en Chile no lo regulamos así, se debiera sancionar aquella coacción, violencia, intimidación y amenazas, que internacionalmente se conocen como agresiones sexuales, es decir mediando fuerza o contra la voluntad de la víctima, y es como se llevan a cabo estas conductas. Por otra parte, existe lo que se llama aprovechamiento o abuso de circunstancias o condiciones, por ejemplo cuando la víctima está durmiendo o se encuentra privada de sentido o carece de conocimiento para poder consentir en materia sexual y es a lo uno se refiere como abusos sexuales.

Reitera que del modo más purista, esta debiera ser la forma de tratar estos delitos, por una parte delitos contra la voluntad de la víctima, fuerza, intimidación, amenazas o coacción; por otra parte sin consentimiento o aprovechando de algunas circunstancias.

Pero seguir esta forma, a su juicio traería problemas, por ejemplo, no se podría separar la persona que solo se quiere exhibir frente a otra y le

apunta con una pistola respecto de quien es engañado para tener relaciones sexuales, porque en ambos casos se realiza una amenaza o se engaña para obtener una conducta sexual, es decir, si se es purista en sancionar cada vez que se amenace para realizar una conducta sexual, se debería sancionar de la misma manera a quien se fuerza a punta de pistola para que le vea como se desnuda que a quien se fuerza para tener relaciones sexuales, aunque existe una disparidad en eso.

La mayoría de las legislaciones usa algunas conductas que objetivamente son más gravosas como por ejemplo, el acceso carnal que se estima más grave que otras conductas.

Por otra parte, parece que la libertad sexual se queda corta en el caso de niños, niñas y adolescentes, porque se estima que algunos son intocables, como los niños menores de 14 años que se presume que no pueden autorizar ni consentir en materia sexual, y por otra parte está el grupo de la adolescencia respecto del cual se dice que aún está en formación y en que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.

En Chile no se sigue la línea expuesta y es la gran crítica al sistema, se propone ordenarlo en distintos tipos de proyectos de código penal y reforma y no seguir sancionando el acceso carnal de un hombre a una mujer y los delitos de violación, estupro, incesto y sodomía se centran en el acceso de un hombre y en subsidio están todas las otras conductas sexuales, sin importar si hay o no consentimiento de la víctima, que es lo que recoge el proyecto y que debe ser destacado, lo importante es la afectación de la voluntad de la víctima.

Expresa que con la ausencia de esta referencia clara al consentimiento a la voluntad de la víctima o que pueda consentir libremente significa que se va a estar en una violación solo cuando se encuentren en una de las circunstancias descritas en la ley, que en el caso de la violación son cuatro circunstancias y un par más en el caso del estupro, y en el caso que no esté en estas hipótesis, se estará ante una laguna de punibilidad, porque esas conductas no caben perfectamente en estas causales.

Al respecto hay una causal que es la incapacidad para oponerse, modificación hecha en 2010 en que el Ministerio Público sostiene que ahí se debe dar cabida a situaciones más límites, como los casos de violaciones o abusos en que la víctima no responde por las circunstancias en que se encuentra, más allá que la víctima se encuentre privada de sentido o se use fuerza. Advierte que esto no está claro de manera suficiente en nuestro ordenamiento y es algo que se debiera modificar.

En cuanto a los abusos sexuales, el gran problema es que se sancionan en virtud de las circunstancias comisivas de la violación o el estupro y por ello es importante tener presente el efecto de modificar un delito sobre los otros tipos penales.

Hace presente que la Comisión debe considerar dos opciones. Uno es llevar a cabo una modificación sistémica, quizás sancionando cualquier conducta sexual que vaya contra la voluntad de la víctima, sin su voluntad o con engaño y a raíz de ello sancionar con mayor pena el acceso carnal.

La otra manera de abordar el problema es mejorar los tipos penales, manteniendo las actuales figuras según acceso carnal o tocamientos, pero permitir la sanción de algunas conductas que actualmente no lo tienen, respecto de lo cual recuerda que se hizo la observación sobre las circunstancias comisivas y que si se hizo presente la idea de sancionar la falta de consentimiento el colocar las circunstancias comisivas, como se encuentran hoy, será un problema porque la

jurisprudencia fallará teniendo presente esas circunstancias. Precisa que cualquier otra hipótesis será asimilada a estos ejemplos y dirán, por ejemplo, “no fue tan grave como en el caso de uso de fuerza” y que el legislador no lo quería sancionar.

Acerca de la expresión “sin consentimiento”, es necesario explicitar en qué consiste y por ejemplo, en el Código español se hace referencia en el abuso sexual que “se considerarán abusos sexuales no consentidos los que....” Y esa referencia permite entender qué es lo que quería decir el legislador con la expresión sin consentimiento.

La Unidad del Ministerio Público discutió respecto de si esto incluye el “no”, el silencio y el no, como interactúan entre ellos, etc. por lo que expresa la conveniencia de poder explicar en qué consiste el no consentimiento.

Asimismo será necesario regular el aprovechamiento, abuso de condición o circunstancia de consentimiento viciado de la víctima de cualquier edad, es decir, será un tema de prueba si es que la víctima adulta, por ejemplo, cabía en esta circunstancia, pero no parece que el legislador, desde ya, debiera cerrarse a que por cumplir 18 años, la mayoría de edad, no pudiera ser engañada en la esfera sexual.

Sobre el acceso carnal o invasión física, explica que dejar de lado la expresión de acceso carnal es que se abandona como sujeto activo al hombre y se permite que cualquier persona sea el autor o autora de violación, que actualmente no se puede. De este modo se abre la conducta.

En relación con la introducción de partes del cuerpo u objetos y asimilarlos a la violación, si bien tienen igual pena, la discusión es si, por ejemplo, la introducción de dedos corresponde con la introducción de partes del cuerpo u objeto, pero en la práctica el Ministerio Público apunta a que sí lo es, que hay una invasión, pero la doctrina y la jurisprudencia son erráticas.

Destaca que esta es una modificación importante en cuanto a que la ampliación del derecho penal permite salvar estas lagunas de punibilidad y vacíos de la ley, pero que ello es algo distinto de la eficacia del sistema penal, porque puntualiza que pueden llegar más casos pero el sistema no tiene forma de probarlos. Propone a manera de mejoras la derogación del artículo 369 inciso final, que se refiere al perdón del ofendido en materia sexual, en que las mujeres víctimas de violencia sexual son muchas veces presionadas por el ofensor intrafamiliar para retirar la denuncia, aun cuando hay fallos que reconocen la existencia de violencia de género detrás de esto y mantienen la persecución penal, pese al retracto de la víctima, que es muy habitual.

En el caso del artículo 366 quáter, este abuso sexual sin contacto del adolescente, en que se habla de la frase “procurar la excitación sexual”. En la práctica esta es una limitación, porque mostrarle pornografía a un adolescente o un niño es algo que procura la excitación sexual, de manera que es redundante y problemático para la interpretación de los tipos.

Finalmente advierte que es necesario que el país cuente con una mayor red pericial, psicológica y social, en muchos casos se necesita la evaluación psicológica de la víctima que diga que estuvo en esa situación que le imposibilitó oponerse, que es la lucha de los días de hoy y muchas veces no existe esa posibilidad porque la red se encuentra colapsada, además de necesitar mejoras en el procedimiento de denuncia que permitan a más personas acceder al sistema penal y poder dar a conocer los hechos.

El **diputado Mario Desbordes** junto con valorar el proyecto de ley, estima que se debe acoger la observación del Ministerio Público en cuanto la

modificación planteada podría afectar a otros tipos penales y por ello la Comisión debe aprovechar de modificar los tipos penales que digan relación con los delitos sexuales y a la vez modernizar la forma en que nuestro código penal debe abordar estos delitos.

El **diputado Daniel Verdessi** pregunta si en esta revisión cabe pronunciarse sobre la tipificación del delito de sodomía y mantenerlo como delito.

La diputada **Maite Orsini** señala la necesidad de considerar la modificación de los delitos sexuales. Advierte y consulta si en todo caso ello no excede las ideas matrices del proyecto de ley y se pudiera considerar que no proceda esa discusión.

La **diputada Camila Vallejo** estima que es posible presentar una indicación sustitutiva en conjunto con los miembros de la Comisión.

La **diputada Natalia Castillo** estima que es de gran interés poder centrar la discusión en el consentimiento, la tipificación del delito se mide solo desde el punto de vista del actor y no se considera el consentimiento salvo ciertos casos especiales.

Si bien el decir “sin consentimiento es violación” es el nombre de fantasía del proyecto de ley, pero lo central es que no puede entender el delito de violación solo en la hipótesis de ejercer la fuerza contra el consentimiento de la víctima, sino también en ausencia del consentimiento y que ello pueda ser un elemento central a la hora de poder penalizar y que va en el sentido correcto.

Señala que es importante ver qué va a pasar en aquellos casos de ausencia de consentimiento o de los denominados casos de “vencimiento del consentimiento”, es decir, hay un consentimiento inicial pero luego hay un retracto del mismo y aquellos casos en que la víctima esté imposibilitada de consentir.

Dice que hay delitos que se encuentran obsoletos, que no se puede seguir condenando la homosexualidad.

La **diputada Karol Cariola** destaca elementos como la necesidad de mejorar la propuesta legislativa, que es una realidad que viven principalmente las mujeres como víctimas de delitos sexuales adultas y menores de edad. A ello se agrega la complejidad de la prueba del delito de violación lo que va contra la idea que la mujer está siempre dispuesta para mantener relaciones sexuales y frente a ello era muy difícil incorporar y entender el consentimiento como elemento del debate, porque es claro que quien no quiere tener una relación sexual así lo demostrará.

La inacción o la falta de resistencia no podían ser por si mismas el consentimiento. A ello se suma el debate por el nuevo código penal y la necesidad de dar el debate pertinente para llevar adelante esta modificación.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** solicita se explique la forma en que la modificación del delito de violación puede afectar a los abusos sexuales. Igualmente expresa la necesidad de precisar la inacción y la falta de resistencia y pregunta a la fiscalía si ello tiene algún efecto sobre la investigación

El señor **Maurizio Sovino** explica que si en la práctica se modifica el delito de violación se deben pronunciar automáticamente sobre el delito de abuso, que hace referencia al artículo 361 del Código Penal. Por ello, hay una

modificación práctica de continuidad de los artículos siguientes, porque la incidencia es directa.

El proyecto propone a vía ejemplar la fuerza e intimidación, pero no se elimina la circunstancia comisiva, centrándose en la ausencia de consentimiento, lo que hace necesario modificar todas las categorías de esos delitos. En el caso del estupro también es necesario, porque de lo contrario quedaría con estas circunstancias de número, de manera que hay que modificarlo o replantear ese delito de manera que tenga coherencia con la violación, como un tema de forma.

Según la propuesta, el artículo 361 quedaría sin estas circunstancias taxativas, dejando abierto a otras posibilidades lo que se debiera manifestar en los otros delitos. Si se deja como núcleo que la violación será el que sin consentimiento de víctima acceda, ello modifica las conductas de tocaciones porque habrá que decir que “el que sin consentimiento toca...”.

Hay otros delitos, como material pornográfico infantil o explotación sexual infantil, que se regula de manera distinta, por lo que no se incluyen en esta discusión.

Sobre la sodomía, señala que el acceso carnal es posible solo de un hombre, de manera que únicamente se sanciona la homosexualidad masculina, no la femenina, que ya es una discriminación *per se*, pero además son actos voluntarios, por ello la propuesta de derogación.

Respecto de la relación de la violación con otros delitos sexuales, comenta que la violación solo indica cuatro circunstancias comisivas, la fuerza o intimidación, la privación de sentido, la incapacidad para oponerse o el abuso o trastorno mental de la víctima. Estas son las únicas formas en que se puede sancionar un acceso carnal, al día de hoy.

A través de la incapacidad para oponerse, desde el año 2000 a la fecha, la doctrina y la jurisprudencia han incorporado muchas de estas hipótesis que se discuten como casos de víctimas por abuso de conciencia o de personas con una autoridad sobre otra que aprovechan esto para lograr el acceso carnal. Esta es la circunstancia que se usó para sancionar incluso, en el tribunal oral en lo penal de Rancagua, el delito como sorpresivo, abusos sexuales sorpresivos por la incapacidad para oponerse porque se encuentra imposibilitada de reaccionar a estos.

Explica que el estupro también tiene circunstancias, pero que es un delito que se aplica en la adolescencia, 14 a 18 años y también se aplica a quien obtenga consentimiento con engaño o no libre, como la anomalía o perturbación mental menor de la víctima, que exista una relación de dependencia, laboral por ejemplo, el grave desamparo o la ignorancia sexual de la víctima.

Estos dos delitos establecen las circunstancias comisivas o formas de cometer el delito, de manera que si la conducta no se encuadra dentro de esas descripciones, no es sancionada.

Los abusos sexuales se remiten a las circunstancias de la violación o del estupro, por ello van unidos. Por ello si se modifica el tipo de violación y las circunstancias comisivas quedan expresadas a modo ejemplar, como estos son algunos ejemplos e que no hay consentimiento, ya no se puede decir que el abuso sexual se comete con esas circunstancias, porque en la práctica son ejemplos y por ello el artículo no se podrá remitir a ellas.

Reitera que dar ejemplos en una disposición penal afecta la taxatividad de la norma, el principio de legalidad y tiende a interpretarse como los únicos casos.

Aclara que las posibilidades para modificar los delitos sexuales son dos. Una es aprovechar esta oportunidad y centrar el punto en la falta de consentimiento y contra la voluntad de la víctima, en que se realiza alguna conducta de connotación sexual, como ejemplo que usa la ley respecto de los actos de connotación y relevancia sexual contra la víctima, como base y de ahí imponer una pena especial para los casos de acceso carnal o de invasión física, además sin necesidad de aumentar las penas, ellas se mantienen.

El estupro pasa a ser un tipo de obtención de consentimiento engañado, las conductas propias sin consentimiento contra la voluntad de la víctima, de manera de estructurar una forma sistémica distinta.

La otra opción es ir modificando cada uno de los tipos penales, sancionar primero el acceso carnal o invasión física como conducta más grave y luego reglar el consentimiento engañado y luego las tocamientos, contra la voluntad de la víctima, sin la voluntad y con la voluntad viciada.

Al respecto señala que los anteproyectos de código penal han demostrado cómo se puede tratar ese tema, pero además se debe considerar el derecho comparado.

La **Directora del Área Penal de la Asociación de Abogadas Feministas, ABOFEM, señora Camila Guerrero**, expone en base al siguiente documento, cuya copia íntegra se [adjunta digitalmente](#):

“La mayor visibilidad de casos de violencia de género hacia mujeres y niñas en el último tiempo ha ido reflatando debates y discusiones en torno a la idoneidad de la justicia penal para hacer frente a la misma, y a la eficiencia del Estado para comprender el fenómeno y prevenirlo.

La presente minuta, tiene por objeto abordar el problema desde la óptica del delito de violación, como una de las formas más graves de violencia sexual, en tanto paradigma de la máxima objetivización de la persona/víctima por parte del agresor⁴.

El análisis que aquí se pretende, se realizará teniendo en cuenta la actual regulación del referido delito en Chile y las diversas posturas dogmáticas y jurisprudenciales que se han dado en la materia, centrando en análisis en los casos en que históricamente ha sido de difícil acreditación que el consentimiento hubiere existido o en que efectivamente se haya dado de manera libre. Por lo anterior, se abordarán, someramente, las posibles actitudes que puede asumir la víctima frente a un ataque sexual, y la interpretación que ha dado la justicia a las mismas, centrando el análisis en el tratamiento que da el derecho penal a lo que acá se denomina “no oposición consciente” de la víctima frente a actos constitutivos de un delito de violación.

I. EL DELITO DE VIOLACION EN CHILE.

El delito de violación en Chile se estructura sobre la base de lo que se conoce como un sistema dualista, en razón de la edad de la víctima: por un lado, la denominada “violación propia”, tipificada en el artículo 361 del Código Penal, por otro, la “violación impropia” tipificada en el artículo 362 del Código Penal. Para la doctrina mayoritaria, detrás de la tipificación del delito de violación así entendida subyace una consideración acerca del distinto bien jurídico que se encontraría protegido en los tipos penales anteriormente referidos: en los casos de víctimas mayores de 14 años (delito de violación propia) se protegería la libertad sexual y en los casos de víctimas de menores de 14 años (delito de violación impropia) se protegería la indemnidad sexual de las mismas, atendido a que, por tratarse de menores de edad, respecto de ellos no sería posible entender que existan reales expectativas de libertad en los mismos términos que en una persona adulta.

Esta forma de tipificación de la violación ha sido cuestionada durante el último tiempo, particularmente en las hipótesis de “no oposición” de las víctimas, salvo en la hipótesis de abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima, ya que por lo general no suelen ser casos controvertidos para definir la subsunción de estos en la circunstancia N°3 del artículo 361 CP. En las líneas que siguen, me concentraré justamente en aquellos casos que han sido planteados como problemáticos por la dogmática tradicional, para efectos de establecer si son susceptibles de ser subsumidos tanto en el artículo 361 N° 1 CP (cuando se usa de fuerza o intimidación), como en el 361 N°2 CP (cuando la víctima se halla privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse). Lo anterior, particularmente referido en a lo menos, los siguientes grupos de casos:

- Grupo 1: Casos en que existe un estado de inconsciencia o disminución de los sentidos y por ende, de las barreras de oposición por parte de la víctima, producto de la ingesta previa de alcohol, drogas o medicamentos, así como también los casos en que (producto de dicha situación o no), la víctima se encuentra profundamente dormida.

- Grupo 2: Casos en que existe una paralización por parte de la víctima por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, ya sea por estar en una posición de poder desfavorable, enfrentada a una pluralidad de agresores, o bien, porque se trata de casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero que por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse.

Frente a estos dos grupos de casos, las principales objeciones formuladas suelen ir de la mano de construcciones argumentativas tendientes a considerar que se trataría de situaciones no contempladas por el tipo penal; i) ya que no existió privación total de sentido (grupo 1 y 2); ii) la situación fue provocada por la víctima, configurándose a su respecto una lógica argumentativa entorno a la “autopuesta en peligro” (grupo 1), o bien, iii) se trata de casos en que al no haber una oposición firme, clara y persistente de la víctima, existe una duda razonable de que haya faltado efectivamente el consentimiento (grupo 2).

En este sentido, si uno realiza una breve revisión de la jurisprudencia chilena de sentencias de juicio oral en materia de delitos sexuales y particularmente en el caso del delito de violación, pese a las reformas recientes, aún subsisten resabios de razonamientos que restringen el ámbito de aplicación de las circunstancias del artículo 361 CP. Si bien en el año 2010 se realizó una reforma al artículo 361 N°2 CP, y han existido cambios paulatinos en el razonamiento de la jurisprudencia en orden a extender la aplicación del artículo 361 N°2 a las hipótesis del grupo 1, aún existen sentencias que descartan su aplicación, en casos en que la víctima se encuentra en estado de ebriedad, estimando que el estado de intoxicación por efectos del alcohol no supone una privación total de sentido. Por su parte, se ha descartado el también el N°2 segunda parte, por considerar que al existir consumo excesivo de alcohol faltaría el “dolo directo” del agente, ya que no puede existir un “aprovechamiento” de su parte, encontrándose además ausente la finalidad de acceder a la víctima contra su voluntad, en la medida que la oposición de la misma no podría ser evidente al encontrarse ebria, y que dicho estado (aunque sea de embriaguez evidente) no disminuye la capacidad de la víctima de oponerse a la agresión.

Por otro lado, luego del año 2010, es posible identificar en Chile una cierta evolución jurisprudencial a propósito de una modificación legal introducida en el tipo penal del artículo 362 N° 2 segunda parte del Código Penal, referida al aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, que fue realizada en los siguientes términos:

- Antes de 2010: la referida norma señalaba que cometía violación el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años: “cuando la víctima se halla privada de sentido o cuando se provecha su incapacidad para oponer resistencia”.

- Luego de 2010: esta circunstancia fue reformada, sustituyendo la segunda parte del texto por: “cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse”.

Este ajuste normativo fue interpretado por parte de la doctrina como una ampliación del artículo 361 N°2 CP desde las hipótesis de incapacidad física, a supuestos de no-consentimiento (Oxman, 2015; p. 96), que no eran necesariamente constitutivos de violencia o intimidación, pero que tampoco constituían una privación total de sentido. Tales serían los casos de “no oposición” originada en una intoxicación por medicamentos, drogas y/o alcohol, así como también, el caso de aquellas víctimas que se encontraban en situaciones de

vulnerabilidad, o prestaban colaboración a la realización de acciones de significación sexual con la finalidad de disminuir o evitar riesgos futuros para su integridad corporal.

En las líneas siguientes, se analizarán las distintas interpretaciones jurisprudencias, previas y posteriores a la reforma del año 2010, que se han dado respecto de casos en que consta de los hechos de la acusación que la víctimas frente a una agresión sexual vía acceso carnal “no se resistían” y como esta “no oposición” ha sido interpretada por la jurisprudencia, pudiendo identificarse sentencias en que se han aceptado hipótesis de casos pertenecientes a los grupos 1 y 2 supra, tanto en la hipótesis del artículo 361 N° 1 (cuando se comete con violencia o intimidación) como en la del 361 N°2 (cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse).

II. EL ENFOQUE EN LA VÍCTIMA Y SU TRATAMIENTO PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN.

En el ámbito de la victimología, Aller (2015: p. 107) sostiene que los mecanismos de control social, tanto formales (justicia penal, sistema penitenciario, la policía, la educación estatal) como informales (familia, religión, medios de comunicación masivos, educación no estatal, entre otros), denotan una arraigada discriminación hacia las mujeres al momento de definir la estructura penal y al efectuar el procedimiento penal, relegándola a un papel secundario de mero sujeto de prueba. Esto se ve reflejado no solo en la forma en que se aplica la ley, en la frecuente utilización de estereotipos culturales en el acceso a la justicia y en la elaboración de conceptos jurídicos que son utilizados para abordar e interpretar el sentido de la ley en situaciones determinadas, sino que también en “todas aquellas respuestas negativas que suscitan determinados comportamientos que vulneran normas sociales, que no cumplan las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol ... [y que] ...no están reguladas en un texto normativo, de ahí que se hable de sanciones informales” (Larrauri, 2008). Como bien señala Larrauri (2008), el control social informal siempre ha tenido especial relevancia cuando versa sobre mujeres y una de las manifestaciones más efectivas de esto (y que no ha sido suficientemente relevado) es la efectividad de la noción de reputación, como mecanismo sutil de limitación de acceso a lugares y comportamientos públicos para mujeres, que aunque pareciera ser un aspecto social superado, produce efectos reales en el Derecho, según refleja la referida autora: “(...) para ser víctima apropiada de una violación no hay que llevar una vida licenciosa, para ser autora del delito de infanticidio debe tenerse honor, para tener el derecho de custodia de los hijos debe tenerse una buena reputación, etc”. (Larrauri, 2008; p. 11).

En este sentido, tratándose de los delitos sociales, pareciera ser que las concepciones arraigadas en mecanismos estereotipados de control social informal son particularmente potentes y muchas veces traspasaban la barrera de su influencia hacia los mecanismos de control formal, permeando razonamientos judiciales, la construcción de categorías dogmáticas, el actuar de los operadores de la justicia, de la policía y de los actores involucrados en el sistema penitenciario. De ahí que se recurra frecuentemente a la forma en que iba vestida la víctima, a las circunstancias en que se produjo el ataque contra esta, a la existencia de relaciones consentidas previas con el agresor, a la hora y lugar en que transitaba, a la inexistencia de lesiones en su cuerpo o de rasgaduras en su ropa; a su estilo de vida, entre muchas otras consideraciones sesgadas, problematizando o juzgando principalmente, la ausencia de medidas de autoprotección que debió haber tomado la víctima, para fundamentar en definitiva el hecho de que de haberse tomado todos los recaudos necesarios por parte de la víctima, el ataque no se habría producido.

Al respecto, y frente a la mayor visibilidad de casos de violencia de género y particularmente de violencia sexual, resulta relevante comenzar a enfocar el análisis del comportamiento de la víctima a través de un ejercicio inverso, esto es, mediante la (¿radical?) consideración de ponderar -caso a caso- si es posible verificar que en los hechos sometidos a análisis, sea posible establecer que hubo o no, una vulneración de su indemnidad sexual fundada en un atentado a su autonomía personal, configurando de esta manera, una objetivización de la víctima en tanto negación de su categoría de persona.

Por lo mismo, y a modo meramente ilustrativo, se plantea en el presente apartado, revisar las circunstancias que podrían llevar a una víctima a “no oponerse” al ataque del que es o será objeto, entendiendo que el concepto mismo de consentimiento podría ser a lo menos tramposo para orientar las explicaciones del comportamiento de la víctima en ese sentido. Así, en el ámbito de los delitos sexuales y específicamente en el delito de violación, podemos ver que cada una de las posibilidades de actuación que tiene una víctima, conlleva

una serie de consecuencias distintas, respecto de las cuales se propone el siguiente ejercicio de formalización, para efectos de despejar analíticamente las opciones y aclarar los escenarios posibles que la víctima tiene frente al Derecho. Así, a partir del cálculo racional de intereses que hace la víctima de una agresión sexual vía acceso carnal de manera actual e inminente (y de cualquier delito en general), podemos decir que se ve enfrentada a las siguientes opciones disyuntivas:

a) Por un lado, oponerse al ataque (R)

b) Por otro lado, no oponerse al ataque (- R)

En el primer caso, dicha oposición podría ser exitosa (RE) y lograr repelerlo, o podría no serlo (RNE) y enfrentar una eventual intensificación de la agresión del agente. Por su parte, en caso de no haber oposición al ataque (-R), desde el punto de vista de la víctima, dicha circunstancia podría deberse a un estado de discapacidad física o psíquica de la víctima (enajenación mental); a las circunstancias del caso; o bien, a que la víctima se encuentra en un estado de inconsciencia debido a una situación provocada, ya sea por ella misma, por el agresor o por terceros [-RIN]. Finalmente, la no oposición, puede darse también en un estado consciente [-RC], es decir, en alguna circunstancia no contemplada en las hipótesis de [-RIN], en que luego del referido cálculo racional de posibilidades que tiene la víctima frente al Derecho, dicha solución aparezca como la única posible o la menos perjudicial para su vida e integridad física.

. Hipótesis de oposición no exitosa (RNE) = V + L.

Desde el punto de vista de las consecuencias que cada una de las opciones del cálculo racional de intereses trae aparejado, es posible apreciar que los casos de RNE suelen por lo general, quedar subsumidas sin problemas en el tipo penal de violación, dentro de las hipótesis de "violencia" asimilable a "fuerza física", plenamente abarcado por lo demás, por la noción cultural de lo que se entiende por este delito. No es algo controvertido, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, ya sea porque se trata de casos en que frente a la oposición de la víctima el uso de la fuerza le ocasionó además lesiones en su cuerpo (pese a no ser necesario que así sea para que el tipo penal se satisfaga), o bien, porque se trata de casos en los que la contextura física del agente juega un rol relevante cuando es evidentemente superior frente a la contextura de la víctima, como para poder concretar su plan criminal de manera efectiva. Sin embargo, desde el punto de vista de la víctima, es posible sostener que un intento frustrado de evitación del mal por parte de esta, mediante su oposición tenaz al ataque pero totalmente inidónea para ponerle fin; conlleve además un riesgo cierto de que, junto con sufrir la agresión sexual vía acceso carnal (V) pueda generarse una intensificación de la afectación a su indemnidad sexual; o bien, vulnerarse además su integridad física, ocasionándole lesiones de diversa índole (L), producto de los actos del agente tendientes a doblegar su voluntad.

2. Hipótesis de oposición exitosa - excesiva (RE) = P

Si la víctima se resiste a la agresión sexual vía acceso carnal y logra repeler el ataque, dentro de las posibilidades que influyen en que dicha reacción haya sido efectivamente idónea para hacerlo, es que se trate de una agresión más intensa y que involucre la utilización de medios externos susceptibles de ocasionar lesiones graves o la muerte de su agresor. Esto, además, suele incidir en los cuestionamientos hacia la efectiva aplicación de normas permisivas que le habiliten a actuar en exceso frente a una agresión en su contra, particularmente en lo referido a la utilización racional del medio empleado para impedirla.

Si bien la víctima podría encontrar respaldo en algunas normas permisivas del código penal, la eximente incompleta del artículo 11 N°1 CP (en relación con los presupuestos de las eximentes de legítima defensa, o estado de necesidad defensivo, cuando falta alguno de sus requisitos), o bien, la atenuante del artículo 11 N°5 CP, por haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación; lo cierto es que su eventual aplicación queda sujeta a la interpretación que se dé respecto de su concurrencia por parte de los operadores jurídicos, quienes suelen ver con recelo la aplicación de las referidas normas a este tipo de casos. En este sentido, desde el punto de vista de las consecuencias del cálculo racional de posibilidades, en hipótesis de RE (considerada "excesiva" por parte del Derecho), la víctima se verá enfrentada a la disyuntiva de tener que elegir entre la evitación exitosa del mal "acceso carnal no consentido" o la

atribución posterior del mal de la “pena” producto de su actuar defensivo (pero no amparado necesariamente en una norma permisiva) frente al agente, lo que implica finalmente reemplazar un mal por otro.

Afortunadamente, se han presentado situaciones en el último tiempo que permiten vislumbrar un cierto despojo de concepciones sesgadas en la interpretación de la ley, producto de una mayor conciencia de los operadores jurídicos acerca de su intervención en el proceso penal con perspectiva de género. Así, por ejemplo, el año 2017 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la proporcionalidad de una pena aplicada a una mujer que había sido condenada por el delito de homicidio simple al haber apuñalado a un sujeto que intentó accederla carnalmente mientras se encontraba dormida y bajo los efectos del alcohol y las drogas. El tribunal a quo no consideró aplicable la circunstancia atenuante del artículo 11 N°5 CP (referida al obrar “por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación”) y la condenó a la pena de años de privación de libertad efectiva, negándole toda posibilidad de un cumplimiento alternativo mediante la pena sustitutiva de libertad vigilada. Dicha situación, fue confirmada por el tribunal de alzada (la Corte de Apelaciones de Valparaíso), al pronunciarse sobre el recurso de nulidad interpuesto por la defensa ya que se trataba de una pena proporcional y “más que arrebatos existió un ánimo vengativo” debido a que la víctima previamente le había realizado “tocamientos” a la condenada. Posteriormente, el referido tribunal, conociendo de un recurso de apelación subsidiario interpuesto por la defensa, rechazó¹² la aplicación de la pena sustitutiva de libertad vigilada considerando que “el informe social acompañado por la defensa no resulta suficiente para concluir que una atención en libertad permita la efectiva reinserción de la sentenciada, considerando las circunstancias del hecho, en cuanto a su naturaleza y modalidades que incluyeron consumo excesivo de alcohol y uso de drogas ilícitas, de manera voluntaria por la acusada(...)”.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional de Chile se pronunció sobre el caso¹³ y por seis votos contra dos, consideró procedente la aplicación de una pena sustitutiva de libertad, estimando que “la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley”, por lo que “la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse solo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia”. Luego de esto, la Corte Suprema acogió un recurso de amparo¹⁴ interpuesto por la defensa, otorgándole finalmente la pena sustitutiva de libertad vigilada.

3. Hipótesis de no oposición inconsciente (-RIN) = V

Los casos susceptibles de ser interpretados en la lógica (-RIN), bajo la actual regulación, estarían dados por una imposibilidad de parte de la víctima de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad. Dicha falta de conciencia podría deberse a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que no obedezca necesariamente y como único factor desencadenante a una causa de orden patológico (Rodríguez, 2016: p. 199), por lo que podría deberse también a un estado de discapacidad física o psíquica de la víctima (enajenación mental); a las circunstancias del caso; o bien, a un estado de inconsciencia debido a una situación provocada. Las hipótesis de -RIN provocadas por algún tipo de enajenación o trastorno mental, se encuentran consideradas expresamente dentro del artículo 361 N°3 CP, siendo solo necesario la acreditación de que hubo un aprovechamiento de dicho estado. No es en consecuencia controvertido, ni en doctrina ni en jurisprudencia, que este tipo de situaciones pueda ser abarcado por el tipo penal de violación. Lo mismo ocurre con los casos en que la víctima presenta algún tipo de discapacidad física (permanente o momentánea), ya que estas hipótesis han estado tradicionalmente consideradas¹⁶ en la circunstancia del artículo 361 N°2 CP, tanto en la regulación previa al año 2010, como en la actual.

Por su parte, también entran en esta hipótesis de -RIN aquellos casos en que la víctima no aplica oposición debido a las circunstancias en que se da la agresión, como en los casos en que no pueden hacerlo porque respecto de ellas el agente aplica una fuerza tal que no es posible considerar factible oposición alguna de parte de estas¹⁷, situaciones que se han subsumido en la circunstancia N°1 del artículo 361 CP (violencia o intimidación), en el entendido que para que esta concurra, no es necesario que exista una oposición física de la víctima para considerar la existencia de fuerza y por ende la violencia.

En relación con los casos de estados de inconsciencia transitorios como en aquellos en que la víctima se encuentra dormida, o bien, en que se encuentran bajos los efectos del alcohol, drogas o medicación²⁰, ya sea provocados por la propia víctima, o por el agente y/o terceros, existe una aceptación reciente por parte de la doctrina de entenderlas consideradas en el artículo 361 N°2 CP luego de la reforma del año 2010. Sin perjuicio de ello, en el caso de las hipótesis de víctima dormida, si bien la doctrina ha sido vacilante en orden a aceptar su incorporación dentro de la referida circunstancia, lo cierto es que en materia jurisprudencial se han podido recoger situaciones en las que se ha acreditado la violación por dicha circunstancia, aunque por lo general se trata de víctimas que fueron atacadas mientras se encontraban dormidas producto de la ingesta excesiva de alcohol y/o por los efectos de algún tipo de medicación.

Finalmente, cabe señalar que, respecto de esta constelación de casos, que suelen subsumirse en la hipótesis de privación de sentido o de aprovechamiento de la incapacidad oponerse, existe amplio consenso tanto en doctrina como en jurisprudencia²² de considerar que el bien jurídico protegido en estos casos es la indemnidad sexual, cuya fundamentación va de la mano con la imposibilidad de las víctimas de manifestar su consentimiento, dado que no podía ejercer su capacidad de actuación sexual y tenían el derecho a no verse involucrada en ningún tipo de contexto sexual.

4. Hipótesis de no oposición consciente (-RC) = V

Finalmente, la no oposición puede darse también en un estado consciente [-RC], es decir, en situaciones no contempladas en las hipótesis de [-RIN], en que dentro del cálculo racional de posibilidades que tiene la víctima frente al Derecho, la solución -RC aparece como la única posible o la menos perjudicial para su vida, indemnidad sexual y/o integridad física.

A diferencia de los casos previstos en la hipótesis anterior, la no oposición consciente sigue siendo uno de los aspectos más controvertidos por parte de la doctrina y la jurisprudencia. La dificultad para aceptar que esta constelación de casos se pueda enmarcar dentro de alguna de las hipótesis del artículo 361 CP, va de la mano no tanto con la dificultad probatoria (objección que puede ser atendible, dependiendo del tratamiento que tenga la regulación de la prueba en cada ordenamiento jurídico), como por la reprochabilidad de la conducta. Lamentablemente, aún subsiste en el ideario cultural (cada vez menos arraigado en las nuevas generaciones) una serie de construcciones estereotipadas que llevan a sostener que no es posible que una víctima, que no tiene sus facultades volitivas disminuidas, no sea capaz de resistirse tenazmente frente a una agresión sexual actual o inminente.

Al respecto, los casos más discutidos se relacionan con hipótesis de concurrencia de pluralidad de sujetos activos; con hipótesis de circunstancias de vulnerabilidad, dependencia o abuso de poder; o bien, con hipótesis de casos en que existe el temor de sufrir un mal mayor, atendido el cálculo racional de posibilidades que tiene la víctima. En este sentido, cabe señalar que en la jurisprudencia reciente, es posible encontrar casos en que se ha considerado la hipótesis de pluralidad de sujetos dentro de la circunstancia del artículo 361 N°1 CP (violencia o intimidación), pero no asociado a la intimidación, sino que a la noción de fuerza o violencia²³, dada la inmovilidad en la que se encontraba la víctima, producto de los actos de contención de los sujetos contra esta. Sobre este punto, considero que aun cuando no existan dichos actos de contención, sería posible subsumir este tipo de casos en la circunstancia N°1 del artículo 361 CP, pero dentro de la hipótesis de intimidación, descartando la necesaria sinonimia que deba existir entre la noción de intimidación con la de amenaza, que suele plantear parte de la doctrina mayoritaria. Al respecto, y concordando con Rodríguez (2016), considero que pese a ser suficiente la existencia de amenaza para configurar una intimidación en los términos del 361, es perfectamente posible que pueda producirse un estado de conmoción en la víctima por la sola presencia del agresor o su contextura física, por las circunstancias de lugar y tiempo en que la agresión se produce, por una conmoción psicológica proveniente de un hecho previo (por ejemplo, en los casos de robo con violación). Si esto es así, con mayor razón podría darse cabida a la hipótesis de intimidación en los casos de pluralidad de agresores. Lo contrario implicaría negar y hacer caso omiso del tenor literal de la ley, que expresamente establece la concurrencia de la intimidación y no de la amenaza, limitando injustificadamente el ámbito de protección de la indemnidad sexual solo a casos en que esté presente dicha circunstancia.

Por su parte, tratándose de las hipótesis de circunstancias de vulnerabilidad, dependencia o abuso de poder, el 11 de octubre de 2018, la Corte Suprema de justicia²⁴, conociendo de casos de abuso sexual contemplado en el artículo 366 CP pero respecto del cual también resultan aplicables las circunstancias del artículo 361 CP, de forma inédita se pronunció sobre el artículo 361 N° 2 segunda parte del Código Penal, estableciendo que es posible subsumir en este tipo penal, las situaciones de incapacidad psíquica o psicológica, rechazando de esta manera, un recurso de nulidad presentado por la defensa de un imputado que, al ser pastor y guía espiritual de las víctimas, se aprovechaba de su vulnerabilidad y subordinación de las víctimas para cometer los delitos. Al respecto, la sentencia desarrolla extensamente el contenido de la circunstancia N°2 del 361 CP y explica cómo después de la modificación del año 2010 el referido tipo penal no solo incluye incapacidades de orden físico, ya que con la modificación legal se pretendía precisamente eliminar la exigencia de incapacidad de oposición física, dejándose constancia que la "oposición" es un término más amplio.

Señala además que esta interpretación es la que hace posible la aplicación de la norma a otras situaciones en que a la víctima no le es posible manifestar su oposición al acto abusivo, como ocurrió en el referido caso. De esta manera, la Corte Suprema construye un razonamiento entorno a un caso de -RC fundado en la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas, desde que el acusado ejercía un control personal y social basado en el vínculo de espiritualidad existente así como también en la condición de subordinación a la autoridad, explotación que le permitió inhibir totalmente la oposición que pudiesen manifestar las víctimas, las cuales reúnen no solo la condición de menores de edad, sino además y por sobre todo ser fieles de la iglesia que regentaba el acusado.

A partir de este razonamiento, considero que es posible sostener que la Corte abre la posibilidad de que las hipótesis de -RC puedan ser subsumidas dentro de la circunstancia N°2 del artículo 361 para casos de aprovechamiento de la incapacidad de oponerse en los delitos de violación, en la medida que pueda verificarse una determinada situación de vulnerabilidad bajo lógicas de poder o subordinación, que sea aprovechada por el agente para vencer las potenciales barreras que pueda poner la víctima. Los desafíos en este sentido, particularmente para los operadores jurídicos, debieran ir de la mano con la correcta detección de dichas situaciones de vulnerabilidad, para poder construir los límites y contornos bajos los cuales, los delitos cometidos bajo el amparo de dicha situación debiesen ser sancionados.

A partir de todo lo anteriormente señalado, cabe entonces preguntarnos por el rol que cumple o debiese cumplir la noción de consentimiento en los casos de violación para el derecho penal y la eventual necesidad o redundancia de que este se encuentre explicitado en el tipo penal. Para ello, uno de los primeros aspectos a resolver es el de la distinción entre el objeto de protección del tipo penal de violación y el fundamento del objeto de protección del referido tipo; ya que incide directamente en su interpretación y aplicación con perspectiva de género, según se explicará en el siguiente apartado.

III. INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Sobre la asimetría de la libertad sexual como bien jurídico Si bien existen en Latinoamérica muchas regulaciones del derecho penal sexual que consideran como elemento central de protección la libertad sexual, se ha cuestionado durante el último tiempo (Bascañán, 2013) la evidente inconsistencia que existiría por la relación asimétrica del tratamiento que se da a la libertad sexual, es decir: que el derecho penal sexual solo brindaría protección a una dimensión negativa de la libertad sexual al considerar únicamente como delitos sexuales, las acciones que constriñan a una persona a involucrarse en una interacción sexual; pero no dispensaría protección en cambio, a la dimensión positiva de la libertad sexual, al no considerar delitos sexuales aquellas acciones que impiden a una persona interactuar sexualmente con otra. Esto puede ejemplificarse de la siguiente manera: [X y P durante una fiesta se disponen a tener relaciones sexuales en una habitación, pero luego ingresa J, ex pareja de X, quien, apuntándolos con un arma de fuego, impide que X y P tengan cualquier tipo de interacción sexual en dicha habitación durante toda la fiesta].

Con algunos matices, el ejemplo anterior ha sido planteado por Mañalich (2014, p. 33), señalando que si bien respecto de la persona "J" sería imputable el delito de amenaza condicional de mal constitutivo de delito, lo que justificaría que el efectivo impedimento coercitivo de todo contacto sexual entre X y P (por parte de J) carezca de relevancia delictiva, (conforme a la libertad sexual positiva), es que la aparente restricción de la libertad

sexual a su sola dimensión negativa, sugiere que el concepto de libertad sexual no es idóneo para la determinación del bien jurídico protegido por el delito de violación (por su carácter asimétrico), ya que en casos como el señalado, lo que estaría protegiéndose es más bien la libertad general de comportamiento, a secas, dado que el carácter del comportamiento que se impone a la otra persona es per se irrelevante. No importa el carácter del comportamiento coactivo sino que se haya verificado la (no) realización de un comportamiento coactivamente impuesto.

Para Bascuñán (2013, p. 405) esta asimetría de la libertad sexual se explicaría por dos motivos: 1) porque no existe por parte de las personas “una expectativa de relación sexual continua, esto es, de una vida que consista en la práctica ininterrumpida de relaciones sexuales” y, 2) porque existe una “pervivencia latente del concepto adscriptivo de víctima, propio del modelo regulativo medieval”. Esto último, sostiene el autor (2013, p. 414), debido a que se suele determinar la absolucón del acusado por consideración del comportamiento de la víctima (“falta de resistencia suficiente” o argumentando que hubo una “insinuación precedente”), basada en definitiva “en una imputación del contacto sexual a quien arguye ser víctima de un abuso, en el sentido adscriptivo de la víctima”. Por lo anterior, pareciera ser que hay una construcción forzada en la elaboración de la libertad sexual como objeto de protección de la norma de comportamiento del artículo 361, siendo necesario analizar otro tipo de fundamentaciones que hayan sido formuladas, por parte de la dogmática jurídica.

Sobre los problemas de la integridad sexual como bien jurídico.

Como alternativa a la libertad sexual, se ha sostenido que los delitos sexuales podrían proteger la integridad sexual de las personas, en la lógica de un delito de daño, agresión o maltrato corporal por otro, afectando de esta manera una suerte de derecho de propiedad sobre el propio cuerpo. Al respecto, pareciera ser que hay un potencial riesgo de considerar en la lesividad de la violación un menoscabo a la integridad sexual de la víctima, no solo porque a nivel interpretativo podría llevar a pensar que es necesario la acreditación de algún tipo de lesiones de índole sexual, sino porque además, detrás de esta noción subyace la misma representación sexista que ha considerado en algunas legislaciones (como la chilena) que el delito de violación es un delito que necesariamente tendrá que tener a un hombre como sujeto activo, teniendo a un hombre o a una mujer como víctima (de ahí el recurso a la utilización de la noción de “acceso carnal” como norma de comportamiento punible), descartando por tanto, que una mujer pueda ser considerada una persona sexualmente activa, sino que relegada meramente a un rol de sujeta accedida. En opinión de Brigitte Sick (1999), esta construcción de que la sexualidad de la mujer es pasiva y no agresiva en comparación con la del hombre, se basa en alegadas “diferencias funcionales” entre mujeres y hombre, que no tienen sustento en la biología, sino que son en realidad, reflejo de una concepción social y moral elaborada por el discurso masculino acerca de la sexualidad femenina. Una concepción de violación entendida en estos términos dejaría fuera de discusión, en consecuencia, aquellos casos en que la víctima, es compelida a acceder carnalmente al agente, sea hombre o mujer, cis o trans (y no a ser accedida por este), vía bucal, anal o vaginal, o sería a lo menos discutible que dicha posibilidad pudiera admitirse con la actual regulación.

Finalmente, según Mañalich (2014, p. 37-38)²⁵, existiría además un error categorial en el hecho de considerar la existencia de una especie de propiedad sobre el propio cuerpo para fundamentar el delito de violación, ya que una persona no solo tiene un cuerpo, sino que al mismo tiempo, es su cuerpo y una consecuencia de la impugnación de la tesis de la propiedad sobre el propio cuerpo consiste precisamente en que si el cuerpo es un aspecto de (propiedad de) una persona (y no la persona misma), el valor del cuerpo para esta persona no puede agotarse en el uso que un tercero pueda darle, en tanto que los objetos valiosos como tales, pueden tener diferente valor para cada persona. Si esto es así, entonces deja de tener sentido, por esa vía, sostener que mediante la violación se produce reducción del valor del cuerpo de una persona a su valor de uso, dado que un objeto puede tener diferentes valores para cada persona. Si se rechaza en cambio²⁶, dicha premisa, entonces necesariamente se debe aceptar que si una persona no es algo distinto de su cuerpo (sino que el cuerpo es la persona), entonces, el valor de esta en tanto persona nunca puede ser reducible a un valor de uso. Esto nos lleva entonces, a desestimar la integridad sexual como eventual bien jurídico protegido por el delito de violación, considerando además la potencial exclusión de casos de -RIN y -RC bajo esta concepción.

Sobre la criticada protección del bienestar sexual.

Frente a quienes han sostenido que lo protegido por el delito de violación es la integridad sexual, ha habido quienes han planteado que lo que se pretende sancionar en realidad, son los medios exclusivamente sexuales de producción de trauma, como fundamento de la indemnidad sexual (Rodríguez, 2016), y que incluiría tanto las afectaciones físicas como las psíquicas. Sin embargo, esta postura incurre en un razonamiento similar a la hipótesis anterior, pero desde el punto de vista de un daño psíquico asociado a una experiencia traumática. Al respecto, además del hecho de que la existencia de daño físico o psíquico no es en ningún caso requisito del tipo penal, esta concepción podría conducir a interpretaciones que dejen impunes una serie de casos en que el referido daño podría eventualmente no producirse, lo que ocurre precisamente en los casos en que la víctima no se ha dado cuenta que fue objeto de un delito²⁸ o en los casos de menores de edad, en que el trauma se pueda manifestar con posterioridad al delito o en etapa adulta. Por su parte, esta concepción sería especialmente problemática por ejemplo, en los casos en que la víctima se encuentra profundamente dormida, en estado de coma, medicación o en un estado de pérdida de conocimiento por ebriedad, drogas y otros factores externos; lo que dejaría abierto un espacio de impunidad para dichas conductas en que el agente haya consumado el delito utilizando preservativo (eliminado todo tipo de riesgos asociados a la transmisión de enfermedades o a los derechos reproductivos de la víctima) sin dejarle lesiones físicas y abandonado el lugar antes que la víctima esté en condiciones de recobrar el conocimiento.

Sobre la indemnidad sexual como objeto de protección.

Más allá de todas las consideraciones aquí planteadas acerca del bien jurídico protegido por el delito de violación, las discrepancias dogmáticas y jurisprudenciales se fundarían en gran parte, en la distinción entre el objeto de protección y el fundamento de dicha protección, particularmente en relación con el concepto de consentimiento como expresión de la autonomía personal. Al respecto, en cuanto al rol que cumple el consentimiento en materia delitos sexuales y particularmente en relación con el delito de violación, es posible identificar dos estrategias de regulación:

a) Por un lado, la incorporación de la noción de consentimiento como parte de la norma de comportamiento, como una forma de “mejorar” la interpretación de la norma por parte de los operadores jurídicos, entendiendo que su concurrencia vuelve la conducta atípica. Esta estrategia, si bien pareciera solucionar a lo menos de forma superficial algunos casos problemáticos, no ataca el problema de fondo asociado a la violencia sexual. Personalmente creo, que junto con ser redundante en los casos no problemáticos (RNE, -RIN), el hecho de establecerlo expresamente en la norma, podría reforzar ciertos estereotipos que lleven a la exigibilidad de que en casos de víctima consciente, se constate una resistencia expresa por parte de esta en un sentido adscriptivo planteado por Bascuñán (2013) o bien, que se confunda el objeto de imputación con el fundamento mismo, dejando fuera hipótesis de – RC, referidas a situaciones de vulnerabilidad de víctimas por desamparo, dependencia o abuso de poder, en el sentido planteado por Mackinnon (2018) y Pitch (2003).

b) Por otro lado, se ha interpretado el consentimiento como expresión de la autonomía personal, que sirve de fundamento a la consideración de la indemnidad sexual como objeto de protección de la norma de comportamiento del delito de violación del artículo 361 CP, entendiendo que constituye un límite a la prohibición de contacto sexual que sustenta la protección de dicho bien jurídico protegido por el referido tipo penal, operando de esta manera el consentimiento como una de las formas (y no la única, por las consideraciones planteadas en supra II) del reconocimiento de la propia autonomía. La desventaja que esta opción tiene, sin embargo, es que se deberá enfrentar la objeción de quienes sostengan que por esta vía, el ordenamiento jurídico se mostraría comprometido con una validación de una presunción de imperativo cultural de exclusión de contacto sexual entre las personas (Bascuñán; 2013. p. 413). Objeción que, sin embargo, ha sido replicada (Mañalich, 2014), atendido a que pareciera ser que la persistente negación de esta constatación es la que precisamente subyacería en el esfuerzo fallido (al menos en Chile), por racionalizar la prohibición de la violación como supuestamente orientado a la protección de la libertad sexual. En definitiva, por esta vía se considera que lo que sustenta la protección de la violación es la indemnidad sexual y lo que la restringe es la autonomía personal.

Ahora bien, esta noción de indemnidad sexual marca además un distanciamiento de la noción más restringida que se ha postulado por Rodríguez (2016) y otros autores, referida al bienestar personal (psíquico y social) o asociado a la integridad sexual. Estimamos que la consideración de la indemnidad sexual como bien jurídico del delito de violación, más allá del nomen iuris del epígrafe del título VII del libro II del Código Penal chileno, no es sino la falta de interacción sexual respecto de una o más personas en una situación dada, es decir, indemnidad sexual en tanto bien jurídico del delito de violación, como aquel que “opera tanto respecto de menores de edad como mayores de edad y que consiste en la posibilidad de excluir a terceros de la interacción sexual, de modo que el propio cuerpo no sea tratado como un objeto” (Winter, 2018). La Indemnidad así entendida, sería cercana a las nociones de “intangibilidad sexual” formulada por Rodríguez (2016), y cuya base es la prohibición de instrumentalización del individuo que emana del reconocimiento de su dignidad de la víctima como persona, sea hombre o mujer. En este sentido, una consecuencia de lo anterior es considerar que, si lo que se pretende proteger a través de la indemnidad sexual es un interés de autonomía, lo que subyace todo delito de violación es derechamente un desconocimiento de la pretensión de autonomía de la víctima, porque existe una pretensión de dominación sobre la misma.

Al respecto, si se deja de lado la concepción de libertad sexual como bien jurídico protegido, entonces podríamos entender el delito de violación en su forma pura “como el paradigma de la reducción de la corporeidad de una persona al estatus de un mero recipiente de valor de uso” (Mañalich, 2014), dado que “cuerpo de una persona es un componente de lo que esa persona es, lo que el padecimiento de una penetración constitutiva de violación siempre conlleva es la “objetivización” de la persona de la víctima (...). De esta manera, el núcleo central de la ilicitud del acto así configurado estaría determinada por la ausencia de voluntad referida a dicho comportamiento y no necesariamente por su aptitud de dañar a una persona (física o psíquicamente) o para constreñir y doblegar su voluntad, circunstancias que, siendo también ilícitas, son más bien factores determinantes para la agravación de la conducta en tanto condiciones suficientes, pero no necesarias para la configuración del tipo penal de violación.

Finalmente, y más allá de las consideraciones aquí expuestas, quisiera relevar una preocupación por la creciente elaboración y modificación de tipos penales referidos a delitos sexuales, en base a una tendencia comparada que busca explicitar todos los aspectos que sustentan el fundamento de una norma de comportamiento o su objeto de protección, en la propia norma, sin detenerse a analizar si lo que debe ser repensado es el referido tipo penal (total o parcialmente) o la forma en que la conducta punible y el interés que se busca proteger, es interpretado a partir de construcciones dogmáticas, por parte de los operadores jurídicos. Me parece que un afán punitivista podría llevar en algunos casos a la “sobrecomplejización” de tipos penales que redundan en su ineficacia para casos de violencia de género. Por lo anterior, probablemente, el desafío que tiene el derecho penal, en tanto ultima ratio para sancionar los casos más graves de violencia sexual, sea precisamente la de cuestionar la forma en que se construyen categorías dogmáticas sin perspectiva de género y que contribuyen a perpetuar desigualdades estructurales en desmedro de determinadas personas. Esto no evitará que dicha violencia se siga produciendo, pero permite avanzar hacia el tratamiento más igualitario de un Derecho que sea efectivamente neutral para hombres y mujeres. Por algo se empieza.”

Luego, la **diputada Camila Vallejo** consulta respecto de la situación que sufren la mayoría de las mujeres, lo que se ha diagnosticado a nivel internacional por distintos centros de investigación, y que se denomina “parálisis tónica”, lo que es importante en términos que si bien se entiende que no hay consentimiento, pero en estos casos no opone resistencia, como se podría probar por la víctima y si hay medios en Chile para ello.

Pregunta también respecto de algunos aspectos de la definición del tipo. Además del acceso carnal, se agrega el caso de la introducción de objetos y que la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento, como hipótesis de casos donde no se produce resistencia y a continuación se desarrollan las hipótesis que constan en los numerales.

Recuerda que algunas opiniones iban por preguntarse si no bastaba con decir la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento, sin mencionar las otras hipótesis y pregunta si ello es necesario o no.

La **diputada Maite Orsini** señala que el problema es cuando no hay consentimiento y ello no se explicita, la no oposición consiente. Dentro de estas hipótesis indica que hay dos difíciles de regular de manera explícita y cuál sería la forma de poder hacerlo.

Explica que el primer caso se refiere a la prestación de consentimiento, pero ese consentimiento está viciado, como podría ser el caso de un médico que trata a una paciente respecto de la cual conoce sus miedos y temores y que ello serían asuntos relevantes que usa para accederla carnalmente.

Por otra parte, explica el caso en que la víctima decide no oponerse porque esa actitud le puede resultar más perjudicial que no defenderse, como una mujer que es víctima de violencia intrafamiliar, que no se paraliza necesariamente pero se representa lo que pasará en caso de oponerse.

Dada la complejidad de abarcar técnicamente estas circunstancias, pregunta cuál sería la mejor forma para ello.

La **Directora del Área Penal de la Asociación de Abogadas Feministas, ABOFEM, señora Camila Guerrero** señala que en Abofem se ve con buenos ojos la propuesta de incorporar en el inciso segundo del artículo 361 de la propuesta lo que la mera inacción por falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento y que es bueno y necesario explicitarlo, sin perjuicio de advertir respecto de la palabra “resistencia” por ser un término que se eliminó en la antigua regulación en la hipótesis de aprovechamiento por incapacidad para oponer resistencia y propone que el término se reemplace por una “falta de oposición”, lo que le parece más amplio y que podría evitar la exigencia de resistencia física y que era lo que se exigía antes.

Acerca de modificar la carga de la prueba, dice que no se desprende de este inciso una presunción de responsabilidad en los términos que señala la Constitución Política inciso 3 del número 7 del artículo 19, en cuanto no se puede establecer una presunción de derecho de responsabilidad penal, sino que más se piensa que al examinar la prueba no se descarte *a priori* la situación de víctima por no oponer resistencia y tampoco se vulneraría la garantía del imputado en ello.

Respecto de lo que plantea la diputada Orsini, indica que ellos son precisamente los desafíos de este proyecto, el poder enfrentar estos casos problemáticos y que centrarlo en el consentimiento, puede llevar a entramparse con estos caso. Tal vez entender que el consentimiento es el objeto de protección de la indemnidad en términos dogmáticos, que subyacen en los tipos penales. Razona en cuanto no en todos los delitos se exige el consentimiento, como no se exige el lesionar a otro sin su consentimiento, el que sustraiga un menor sin su consentimiento o el que secuestre sin consentimiento, eso no sería necesario colocarlo en todos los delitos y porque se debe hacer aquí es la pregunta.

Señala que algunos juristas sugieren hacer ajustes en las normas como los que establecen la Corte Penal Internacional en cuanto es necesario redefinir la fuerza en algunas hipótesis donde se abarquen la fuerza psíquica y se aborden situaciones determinadas de vulnerabilidad que no pueden ser tan cerradas. Luego será un asunto de prueba y se ha podido hacer.

Opina que se puede buscar una hipótesis de aprovechamiento de vulnerabilidad o abuso de poder y establecer un par de criterios taxativos, de manera que con esa fórmula los jueces puedan también ocuparla en la interpretación de la prueba.

El **señor Maurizio Sovino** se refiere a la parálisis tónica, que es un hecho y que hay estudios en todo el mundo respecto a este problema de quedarse paralizado ante una agresión, más que no defenderse, y este es un tema que se escapa dentro del sistema jurídico.

En materia probatoria señala que se encuentran los informes psicológicos que pueden evaluar, incluso con perspectiva de género las situaciones abusivas y ver a través de consecuencias psicológicas en la víctima, que en ese momento la víctima se encontró ante esa imposibilidad de oponerse al delito. Advierte que el tema probatorio es muy difícil, incluso en casos de penetración forzada, porque lo normal es que no haya evidencias materiales, no hay testigos, es palabra contra palabra y los informes psicológicos y sociales ayudan a entender el contexto para poder explicar esta situación.

Sobre necesidades de ejemplos, hipótesis y presunciones el problema es que no todos esos ejemplos apuntan a la falta de consentimiento, podríamos decir que la fuerza es contra la voluntad de la víctima, hay casos sin consentimiento y hay otros en que por las características del caso no se puede hablar de consentimiento, por ejemplo una persona privada de sentido se puede discutir si tiene libertad sexual.

Tal vez en la frase referida a la inacción o falta de oposición de la víctima, se debería explicar de mejor manera qué se entiende sin consentimiento o qué se entiende por consentimiento viciado.

Actualmente hay una posibilidad de sancionar estos abusos, que es el estupro, que se aplica solo a los adolescentes y que nuestro sistema no comparte justamente por los problemas de consentimiento, quiso o no quiso y eso es la forma en que se enjuicia a las víctimas.

Expresa que el estupro no es un delito que haya funcionado hoy porque hay estereotipos de género detrás. Por ello opina que se debe abordar el problema del consentimiento viciado o que se hayan aprovechado de una circunstancia particular y propone estructurar en base a la idea de contra la voluntad, sin la voluntad o con consentimiento viciado que estructurados puedan permitir una regulación de estos delitos.

Teniendo a la vista y compartiendo los objetivos y fundamentos tenidos en consideración por la moción y las opiniones, argumentos y observaciones vertidas por las y los diputados, autoridades policiales e invitados, la Comisión procedió, por unanimidad, a dar su **aprobación a la idea de legislar**, según se detalla en el capítulo de las constancias reglamentarias previas.

B.- DISCUSIÓN PARTICULAR.

ARTÍCULO UNICO DE LA MOCIÓN

“Sustitúyase el artículo 361 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 361: El acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

La mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.

Se entenderá, especialmente, que no hay consentimiento de la víctima en cualquiera de los casos siguientes:

- 1º Cuando se usa fuerza o intimidación;
- 2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia;
- 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima; y
- 4º Cuando haya participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.”.

Indicación Sustitutiva.

Luego los diputados señores Miguel Ángel Calisto, Álvaro Carter, Mario Desbordes, Fuenzalida, don Gonzalo, Andrés Longton, Enrique Van Rysselberghe y Daniel Verdessi, y las diputadas señoras Karol Cariola, Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Rojas, y Camila Vallejo formulan una indicación sustitutiva al artículo único del proyecto, del tenor que sigue

1. Para modificar el artículo 361 del proyecto por el siguiente:

“Artículo 361: El acceso carnal o la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima; y

4º Cuando se abusa de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.

La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.”

2. Para derogar el artículo 362 del Código Penal.

3. Para derogar el artículo 363 del Código Penal

4. Para derogar el artículo 365 del Código Penal.

5. Para derogar el artículo 365 bis del Código Penal
6. Para derogar el artículo 375 del Código Penal
7. Para derogar el inciso segundo del artículo 366 del Código Penal.
8. Para modificar en el artículo 366 quáter inciso tercero, eliminando la referencia al artículo 363.

Se discute en particular en primer lugar el número 1 de la indicación sustitutiva, al cual luego se le efectúan algunas enmiendas e indicaciones.

Numeral 1.

Los diputados **Miguel Ángel Calisto, Álvaro Carter, Mario Desbordes, Fuenzalida, don Gonzalo, Andrés Longton, Enrique Van Rysseberghe y Daniel Verdessi, y las diputadas Karol Cariola, Maite Orsini, Camila Rojas**, formularon una indicación sustitutiva al artículo único del proyecto, que señala:

Para modificar el artículo 361 del proyecto por el siguiente:

“Artículo 361: El acceso carnal o la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima; y

4º Cuando se abusa de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.

La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.”.

Acto seguido, la **diputada Andrea Parra** presenta una **indicación** al inciso primero del artículo 361 propuesto, para sustituir la frase “, en los siguientes casos:” por “.Se entenderá que no hay consentimiento de la víctima en cualquiera de las circunstancias siguientes:”.

Luego se formula una **Indicación por los diputados Meza y Mulet** para agregar el siguiente inciso final en artículo 361:

“Si el delito fuere cometido por el cónyuge o conviviente, se estimará como agravante del delito”.

La **diputada Andrea Parra** señala que su indicación busca recoger lo explicado por el representante del Ministerio Público en su momento en cuanto era necesario poder definir de mejor manera la expresión “sin consentimiento”, por ello propone que el proyecto diga que se entiende que no habrá consentimiento en cualquiera de las siguientes circunstancias, porque los numerales no son parte del tipo penal que ya se encuentra definido en el inciso primero, que además no tenía concordancia con el inciso segundo que señala aunque no concorra circunstancia alguna. Sugiere que es una mejora formal y que apunta a aclarar lo que se debe entender por “no consentimiento”, más que establecer casos.

La **diputada Maite Orsini** explica que la diputada sugiere que al referirse “a los siguientes casos” y se cierra así, pareciera que solo se refiere a esos caso y quedan expuestos como causales taxativas y el caso que no se puede incluir dentro de estas causales, cierra la puerta a su calificación como violación.

Para subsanar este problema, propone que la redacción se refiera o diga “casos como por ejemplo los siguientes”, y con ello no queda taxativo, es decir, se debe buscar la palabra que permita dejar abierto el tipo a otras hipótesis de las señaladas.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** entiende que se trata de poner circunstancias comisivas cerradas y no abiertas y la que se indica en el numeral 4 es bastante abierta como entender situación de vulnerabilidad o dependencia, que se pueda incorporar circunstancias que han sido conocidas. Se declara en desacuerdo con la indicación, porque las circunstancias comisivas deben ser cerradas, aunque sean amplias en su lógica y tampoco sea ejemplificadora porque pueden transformarse en contrarias a la propia víctima.

El **abogado de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señor Maurizio Sovino**, recuerda que uno de los caminos para abordar la modificación que se pretende es modificar todos los delitos sexuales de manera sistemática, en cuanto ellos tengan como base el delito de violación.

La otra alternativa es hacer modificaciones para cada tipo penal en particular y que se encuentren vigentes.

Advierte que establecer como ejemplo los que se indican en el respectivo artículo, ellos dejan de ser circunstancias comisivas y ello significa hacerse cargo del delito de abuso sexual en cuanto se refiere a las circunstancias comisivas del artículo 361 del código penal, que ya no existirían.

Una de las formas de abordarlo es poner estos ejemplos bajo la regla de la ausencia de consentimiento de la víctima y para ello se requiere la modificación del abuso sexual.

Por otra parte, si no se hacen las modificaciones sistémicas de los otros artículos, estima que corresponde dejarlos como taxativos o cerrados, pero ello depende de regular el 361 con ausencia de consentimiento o abordar los cambios de manera sistémica.

La diputada Andrea Parra retira su indicación.

La **diputada Maite Orsini** pregunta respecto de la expresión “el acceso carnal o la introducción de objetos de cualquier índole”, podría existir un problema respecto a que la introducción de objetos no señala que sea una acción sexual, como ocurre en la figura de delito sexual agravado que se propone sea derogado. Consulta si es necesario agregar ese concepto de acción de interés sexual.

Respecto del numeral segundo, cuando hay más de una persona involucrada en el hecho y que se entiende como coacción, le preocupa el uso de la palabra “perpetración”, por cuanto duda si es necesario que todos realicen el acceso carnal para que se configure la coacción, es decir, puede entenderse que se requiere autoría de las cinco personas que participen en un caso de violación, aunque estima que basta en ese caso con la sola presencia de las 5 personas y que uno de ellos realice el acceso carnal y así configurar el delito en esta causal. Pregunta si es mejor eliminar la palabra perpetración a efecto de evitar ese equívoco.

El **diputado Andrés Longton** plantea dudas respecto a la autoría y la sanción como agravante.

En el número 4 pregunta a que se requiere la vulnerabilidad que allí se expresa, porque aparece como excluyente con la relación de dependencia o condición de subordinación que tiene que ver con la relación de custodia, educación o relación laboral. Estima que se podría configurar un problema de prueba para determinar esta vulnerabilidad. Agrega que el grave desamparo de la víctima aparece como similar a la vulnerabilidad y por ello pregunta cuál sería la diferencia.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** precisa que en su calidad de firmante y autor de la indicación sustitutiva explica que perpetración es la acción de perpetrar y que es aquel que tiene conocimiento del hecho perpetrado, como encubridor y por ello no se requiere necesariamente la participación, el autor y el encubridor se incluyen en la idea de perpetrar.

Por otra parte señala que la coacción también comprende la violencia psíquica, tal como lo define la Real Academia de la Lengua Española.

La **diputada Camila Vallejo** afirma que estas circunstancias comisivas para determinar la existencia de una violación están centradas en que no hubo consentimiento. Uno de los casos es cuando una persona se ve coaccionada ante la presencia de más de una persona.

El **señor Maurizio Sovino** reconoce que la inclusión del concepto acción sexual podría ser correcto agregarlo y con ello se haga más clara la redacción.

Respecto a la situación de participación de más de una persona, que aparece fundamental en este proyecto, señala que es complejo colocar un ejemplo dentro del tipo penal y más que la perpetración, apunta a que si bien en el numeral 1 se incluye cuando exista coacción, se habla también de coacción en el ejemplo, de manera que si este caso de coacción se refiere a la imposibilidad para oponerse o la existencia de coacción. Por ello propone modificar la frase “cuando una persona sea coaccionada por la participación de más de una persona”, porque no es claro que se asuma en dos situaciones.

En el caso del numeral 4 se trae a este artículo lo que se conoce como estupro y explica que las circunstancias comisivas del actual artículo 363 apuntan a la vulnerabilidad de fondo, por lo tanto estos sería ejemplos de

situaciones de vulnerabilidad de la víctima, como la relación de dependencia, subordinación de una autoridad, etc. y el grave desamparo de la víctima, con lo que se desarrolla una relación de especie a género, en que la vulnerabilidad incluye otros ejemplos que se escapan del enunciado.

Plantea que como las circunstancias anteriores apuntan a la ausencia de consentimiento, el del numeral 4 es el caso de un consentimiento viciado o se obtuvo con el actor aprovechándose de ciertas cosas, por ello conviene precisarlo más exponiendo que “cuando el consentimiento se logre aprovechándose de la vulnerabilidad de la víctima.”, porque en este caso se obtiene consentimiento, no está ausente, pero está viciado y que se podría exponer como un inciso nuevo.

La **diputada Maite Orsini** explica que el texto original propuesto habla del acceso carnal o la introducción de objetos de cualquier índole, pero sin referirse a que debe ser una acción sexual.

Propone agregar “el acceso carnal o la acción sexual que consistiere en la introducción de objetos....”.

El **señor Maurizio Sovino** señala que incorporar la expresión que propone la diputada Orsini, hace necesario modificar el artículo 366 ter, que define lo que es una acción sexual, pero para efectos de los tres artículos anteriores, es decir los abusos sexuales, pero habrá que ver cuál es el número de artículos a modificar. Esto es una adecuación de referencia.

Acerca de la palabra coacción, señala que el ejemplo que se da no es incapacidad para oponerse, sino de coacción, por ello dice que se debe poner o incluir en el inciso primero.

El **señor Maurizio Sovino** comenta que se debe determinar si ese ejemplo es de coacción de la víctima, como se incluye esa voz en el numeral 1 y debe definirse qué es coacción, pero se ve difícil la implementación del ejemplo si se habla que se entenderá la imposibilidad de la víctima para defenderse cuando ella haya sido coaccionada, si ya se está hablando de ella, por ello se debe definir si es un ejemplo de incapacidad para oponerse o de coacción.

La **diputada Maite Orsini** señala que hayan más de una persona en la perpetración es una forma de coaccionar a la víctima, debe ponerse el ejemplo en el numeral 1, donde está la coacción.

Si se entiende que es una incapacidad para oponerse, se deberá cambiar la palabra coacción.

El **señor Maurizio Sovino** explica que al incorporar coacción en el numeral 1, se debe ver qué se entiende por coacción, si es cualquier forma de presionar, por ejemplo.

La **diputada Camila Vallejo** pregunta si la coacción no tiene que ver con la imposibilidad de oponerse, se trata de obligar a alguien por distintas formas y una es la psicológica, para que haga algo que no quiere. La recomendación de Abofem era colocar la participación de más personas en el inciso segundo, porque es una imposibilidad de oponerse de la víctima y al oponerse la situación puede terminar peor.

Se entiende que se trata de la imposibilidad de oponerse de la víctima.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** señala que la coacción es la fuerza o la violencia física o psíquica. Generalmente el Código Penal deja fuera la

violencia psíquica y ello se incluye con el concepto coacción que es lo que dice el diccionario de la RAE.

Cuando dos o más, se trata de la imposibilidad de la víctima de poder repeler ese delito personas perpetrar el hecho, como autor o encubridor y la observación hecha es válida porque puede inducir a error y que la jurisprudencia o la doctrina terminen construyendo tesis apartadas del objetivo de la modificación y por ello propone que se cambie el vocablo que refleje la idea que la víctima no pudo defenderse porque había más personas perpetrando el hecho.

La **diputada Karol Cariola** destaca que se debe extender el concepto de coacción porque no se puede reducir su significado, esto implica la posibilidad de desarrollar presiones morales para una víctima, como el caso de una migrante que se encuentra en situación irregular y es amenazada con ser denunciada.

El que exista coacción significa que ante la presencia de dos o más personas habrá mayor posibilidad de presión, y en ese sentido coacción, que si estuviera frente a una persona.

Explica que esto es muy importante para hacer la diferencia en la perpetración por más de una persona en la determinación de la violación y esta palabra es la que representa mejor esa determinación.

El **diputado Andrés Longton** sostiene que respecto a la participación de más de una persona en el caso de la coacción, pareciera ser para facilitar el delito, es decir, podría quedar en la calidad de cómplice, pero no estaría configurando el delito de violación en el caso que participe más de una persona al señalar "coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos".

Expresa su duda que en estos casos la conducta de la tercera persona es para facilitar el delito y no para perpetrarlo.

La **diputada Maite Orsini** pregunta cuál es la diferencia entre intimidación y coacción.

El **presidente de la Comisión, diputado Miguel Ángel Calisto**, señala que la definición de coacción que se ha usado para este debate es "*Fuerza o violencia física o psíquica que se ejerce sobre una persona para obligarla a decir o hacer algo contra su voluntad.*".

El **señor Maurizio Sovino** señala que respecto a la pluralidad de actores en el delito de violación, habría que distinguir.

En primer lugar aclara que no todos deben acceder a la víctima para entender que son autores del delito de violación, mientras esas personas realicen algunas de las acciones descritas en el artículo 361 del Código Penal. Así por ejemplo, si una persona ejerce fuerza y es otro el que accede carnalmente a la víctima, ambos son autores del delito de violación, uno porque la fuerza se encuentra dentro de las circunstancias comisivas del delito de violación, de manera que cualquier persona que cometa alguna de las acciones contenidas en el delito de violación será penado como autor, acceda o no acceda carnalmente a la víctima.

Asimismo, el artículo 371 establece que si la persona tiene algún vínculo con la víctima, el que es participe o cómplice pero no hace estas acciones, como el que encierra a la víctima y es la madre, por ejemplo, también se

juzga como autor del delito de violación, pero además existe el artículo 368 bis, que sanciona como agravante cuando existan dos o más autores del delito.

Advierte que hay distintas normas que se deben considerar antes de aplicar una pena.

En el caso del ejemplo, entiende que se busca regular el impacto en la víctima, más allá de la sanción del autor, de manera que se debe estudiar la forma en que no haya un “*non bis in idem*”

Pero en este caso se busca configurar el delito de violación, puede que no ejerza una acción propiamente tal, pero cause en la víctima efectos psicológicos o de coacción que le imposibiliten para actuar.

Acerca de la sanción, habrá algunos casos en que si estas personas estaban presentes en ese momento, puede ser que en la práctica hayan causado este efecto y no se les pueda aplicar la agravante citada ni ser sancionados con otra pena, puede entenderse que el actuar de dos o más personas generaron en la víctima una imposibilidad de oponerse, uno puede decir que no se les puede volver a sancionar a estas mismas personas y habrá que ver el caso concreto.

La **diputada Camila Vallejo** recuerda que la inquietud de la diputada Orsini era ver si correspondía establecer el ejemplo de la participación de una o más personas en la coacción o imposibilidad para oponerse y otra distinta es la que luego planteó el diputado Longton.

Indica que si bien estima que está más dentro de la idea de imposibilidad de oponerse, opina que es una decisión más política que de otro tipo o jurídica, pero lo importante es que quede el ejemplo, porque no se ha entendido siempre que hay intimidación o coacción cuando participa más de una persona y cómo se centra en la víctimas, porque es la ausencia de consentimiento y se entiende que no lo hay porque hay coacción o se está imposibilitado para oponerse, no se vincula con lo que pasa con los sujetos activos, sino con la víctima.

Opina que el ejemplo debe mantenerse, porque puede no entenderse que la mujer se sintió coaccionada o imposibilitada para oponerse y que no prestó su consentimiento cuando actuó más de un sujeto.

Reitera que eso no está en cuestión, pero que se debe definir si se incorpora en el número 1 o en el número 2 y se muestra partidaria que se incluya en el numeral 2.

El **diputado Mario Desbordes** opina respecto a la participación de varias personas y la coacción que ejerce esa presencia de muchas personas, que se busca establecer la incapacidad de la persona para defenderse y el acceso sin la voluntad en la violación.

El agravante de participación de más personas requiere primero acreditar el hecho punible, el delito de violación y ello son cosas distintas, es decir, se busca consolidar en la legislación el hecho que la participación de más de una persona, sea que actúe o que por su sola presencia provoque la falta de consentimiento, permita acreditar la violación.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** manifiesta que el artículo 361, en primer lugar, lo define lo que es el delito de violación, y que ello es el acceso carnal o acción sexual, con el elemento de falta de consentimiento.

Si una persona sostiene a la víctima, pero no hay acceso carnal o acción sexual, no necesariamente será juzgada como autora y por ello difiere de la opinión del Ministerio Público. Cuando se habla de perpetración no se refiere sólo a la persona del autor, sino también a aquel que se encuentra en la acción de perpetrar como encubridor y que no es necesario modificar eso y que la gran diferencia es que la definición de violación no es tan taxativa como se está colocando en esta modificación que es el acceso carnal o acción sexual y sin el consentimiento de la víctima.

El **señor Maurizio Sovino** recurre a un ejemplo para poder clarificar este punto.

Si dos o más personas, actualmente, toman a otra persona y la fuerzan y algunos de ellos la acceden carnalmente, ese es el caso que prevé en el numeral 1 actualmente. No se debe dejar de pensar en las circunstancias comisivas que usan las personas, aquí se está regulando otra cosa.

Actualmente, si dos personas usan la fuerza serán castigados como autores de violación por la circunstancia 1 del artículo 361 y si hay dos o más personas puede concurrir la circunstancia del artículo 368 bis como agravante del delito, por ser dos o más los autores del delito.

Distinto es en la hipótesis que se plantea, en que la sola presencia de dos o más personas cusa el efecto intimidatorio que impide a la víctima oponerse y en ese caso concreto, quizás se pueda aplicar la agravante, pero ella será un asunto de prueba, pero esto es la configuración del delito por dos o más personas.

La **diputada Karol Cariola** recuerda la situación del caso conocido como “la manada” en España, en que un grupo de personas hicieron que la víctima se dirigiera a un lugar y el juez estima que caminó a ese lugar por su propia voluntad y que ello fue el principal elemento para desestimar la eliminación del delito de violación.

Reitera que es el interés que quede explícito que el actuar en grupo, como una manada, debe ser un elemento claro para el juez, que no hay un elemento de voluntad.

La **diputada Maite Orsini** plantea el caso en que un grupo o pandilla enfrenta a una mujer, pero que solo uno de ellos la accede carnalmente. La pandilla está detrás, pero no realiza ninguna acción ni dice nada que fuera una coacción clara y evidente, pero el estar presentes ya genera una coacción. Pregunta si en ese caso, en que no hay fuerza ni intimidación, ni ninguna otra causal. ¿Se entiende que ellos participaron en los hechos? Responde que sí, pero ¿se entiende que participaron en la perpetración de los hechos si solo uno de ellos procedió a realizar el acceso carnal y el resto sólo estuvo detrás generando esa coacción? Esa es la duda que le genera la palabra “perpetración”.

Comenta que al sacar esa palabra el caso estaría cubierto, pero con ese término el juez podría entender que todos deben acceder carnalmente para que se entiendan como partícipes de la “perpetración” de los hechos.

El **señor Maurizio Sovino** señala que la palabra perpetración implica en estos casos o debería implicar una acción por parte de las personas de manera que se podría originar esa interpretación restrictiva y que no perpetrarían ningún hecho. Con la legislación actual, señala que se podría llegar a sancionar a esas personas del ejemplo, por incapacidad para oponerse.

Hace presente que la voz coacción significa obligar a alguien a hacer algo, como una definición general, pero la modificación se centra en la víctima y el efecto que se causa en la víctima, mientras que esta es una discusión sobre los sujetos.

La **diputada Camila Vallejo** apunta que el hecho es que la víctima es accedida carnalmente o por objetos y sin consentimiento. El hecho es la penetración independiente de si es penetrada por una o más personas.

La situación de que más personas participan coaccionando a la víctima en el hecho, que es que la penetraron, no necesita que lo sea por todos sino que ella fue violada y las otras personas son parte de ese hecho.

Si entendemos que la perpetración del hecho de todas esas personas es que todas accedieron a ella, por qué poner coacción entonces si ya fue penetrada, es decir, la coacción viene antes de la penetración o acceso carnal.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** agrega que respecto del caso del numeral 4 hay consentimiento, pero viciado y propone que sea considerado como un nuevo inciso, fuera del numeral o dejar el numeral completo como un nuevo inciso, en que se entiende que hay una circunstancia comisiva, pero de consentimiento viciado.

Al efecto, sugiere eliminar el número 4, que no se encuentra en la lógica del "sin consentimiento", porque hay un consentimiento, pero viciado.

La **diputada Camila Vallejo** plantea la duda porque esta parte que se propone viene del estupro, delito que se deroga para incorporarlo en el numeral 4 y ampliarlo para que no sea solo entre personas de 14 a 18 años, puesto que hay personas mayores de 18 años que igualmente pueden ser víctimas de este delito y si se mantiene la pena.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** consigna que se debe modificar la frase "cuando el consentimiento se obtiene abusando de una situación" y se exprese "Se aplicará la misma pena a quien, para realizar la conducta descrita en el inciso primero, obtenga el consentimiento abusando..."

La **diputada Karol Cariola** realiza una consulta a propósito del engaño de la víctima, porque antes se contemplaba dentro del estupro, pero ahora quedaría fuera dentro de la norma propuesta.

El **diputado Andrés Longton** consulta en relación con la vulnerabilidad de la víctima, pues como está redactado no quedaría en una relación de género a especie, sino como una circunstancia distinta y ello podría generar problemas en la prueba, de qué tipo de vulnerabilidad se habla porque lo ideal es que se establezca de género a especie, pero este concepto estaría quedando independiente, por la forma en que está redactado.

Observa, además, la diferencia entre la vulnerabilidad de la víctima y el grave desamparo en que se encuentra la víctima y pregunta cuál es la diferencia en términos probatorios o como causal en que se establezca la vulnerabilidad de la víctima y, además el grave desamparo en que ella se encuentra.

La **diputada Camila Vallejo** explica que el término vulnerabilidad se usa para hablar de pobreza o de gente que se encuentra en una situación socioeconómica desfavorecida, puede ser por situación de pueblos originarios, de ingresos y es un concepto más amplio que la idea de grave desamparo y por ello esta idea es importante que sea precisada, ya que es más específica, como lo que se conoce estar en situación de calle o de inmigrante que

no tiene redes de apoyo, es un extremo de vulnerabilidad, es decir, hay más gente que se encuentra en situación de vulnerabilidad, pero no en situación de grave desamparo. Por ello con estos dos conceptos es más factible establecer una situación de abuso.

Respecto de lo planteado por la diputada Cariola, ese numeral 4 se elimina no tanto por lo del engaño, que puede ser atendible, como por “abusando de su ignorancia o inexperiencia sexual”, porque según se planteó en su momento, como elemento de prueba la víctima, por ejemplo, tenía experiencia sexual y no podría haber sido engañada porque no era una inexperta sexual y finalmente se usaba contra la víctima en una lógica muy machista de exponer la vida sexual de la víctima y con ello se descartaba el abuso o engaño. Así propone incorporar el concepto “engaño”.

El **señor Maurizio Sovino** se refiere a la idea de vulnerabilidad. Explica que en la práctica en el estupro lo que se sanciona es el prevalimiento de una persona de una asimetría de poder con la víctima, que actualmente solo pueden ser adolescentes, por las causales que se señalan, pero que se expresan como una idea de vulnerabilidad amplia.

La redacción da esta idea de vulnerabilidad en sentido genérico, pero que permite hacer después algunas precisiones, aunque no está el “por ejemplo”. Sobre la prueba, al igual que sucede actualmente con el estupro, se abre la puerta a todas las mujeres adultas que puedan venir al sistema penal, porque lo que se haga contra ellas será un delito.

Señala que para los asuntos probatorios espera que existan más recursos, mayor red pericial, especialmente psicológica que permita apoyar las investigaciones criminales, debido a que el tema de la vulnerabilidad o aprovechamiento de poder, requiere una red pericial del nivel que implica esta reforma.

Finalmente, y luego del debate habido en la discusión particular, las mismas señoras y señores diputados, **reformulan la referida indicación sustitutiva -con algunas enmiendas- al artículo único de la moción:**

1. Reemplázase el artículo 361 por el siguiente:

“Artículo 361: El acceso carnal o la acción sexual que consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima; y

Se aplicará la misma pena a quien, para realizar la conducta descrita en el inciso primero, obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación

laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima **o valiéndose de engaño.**

Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.

La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.”.

Puesta en votación esta nueva indicación sustitutiva N° 1 **se aprueba por unanimidad.**

Votaron a favor las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Andrés Longton (en reemplazo de la diputada Marcela Sabat), Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Rojas (en reemplazo de la diputada Gael Yeomans), Camila Vallejo y Daniel Verdessi. (10x0x0).

Indicación de los diputados Meza y Mulet.

Indicación de los diputados Fernando Meza y Jaime Mulet para agregar en el artículo 361, el siguiente inciso final. “Si el delito fuere cometido por el cónyuge o conviviente, se estimará como agravante del delito.”.

El asesor parlamentario, **señor Leonardo Estradé–Brancoli** expresa que el sentido de esta indicación es hacer efectiva la violación conyugal que es uno de los elementos de la máxima violencia intrafamiliar, porque esta termina en femicidio o en violación.

Explica que cuando la violación se comete en la calle, no está revestido de un entorno alevoso, pero que al ser cometido al interior de la casa sí existe ese entorno alevoso. Además, añade que hay una excepción del perdón del ofendido para poner término al proceso, lo que sirve para mantener el círculo de violencia.

Al plantear que sea una agravante va en la lógica del Código Penal de la gradación por parentesco. En toda la gama de las lesiones hay una calificación expresa o una agravación del tipo y considera que va en la línea por la impunidad del hecho que se comete en el ejercicio del bien jurídico protegido que es la libertad sexual dentro del matrimonio.

Se derogaría este requerimiento al ofendido, a menos que el juez lo impida, pero nunca lo hacen.

El **señor Maurizio Sovino** precisa al respecto que actualmente el artículo 369 inciso final hay un caso que se denomina el perdón del ofendido para terminar el proceso penal que se sigue contra el cónyuge o conviviente si el juez lo aprueba.

En el último tiempo se han dado casos en que los jueces, reconociendo la violencia de género al interior de las relaciones de parejas, han rechazado o no han aceptado ese perdón, especialmente de mujeres víctimas de violencia sexual. Expone que existe un resabio moralista de la violación conyugal, pero que sería bueno derogarlo para una mayor eficacia de la persecución penal.

Acerca del establecerlo como una agravante, llama a tener cuidado con la agravación de penas, puesto que ello puede provocar una restricción en las interpretaciones o incluso que los jueces sean reacios a aplicarla.

Advierte, además, que de acuerdo a las reglas generales del artículo 13 podría aplicarse la agravante, sin perjuicio que parece correcta la idea de derogar ese inciso.

La diputada Camila Vallejo señala que el tema es las violaciones que quedan impunes dentro del matrimonio, con lo que manifiesta su acuerdo, pero más que responder a una mirada que es más grave la violación que comete un familiar, es como probar que hubo violación dentro del matrimonio y es de la idea que las situaciones reguladas en el numeral 1 y en el antiguo numeral cuatro no permitirán que queden impunes.

El **diputado Gonzalo Fuenzalida** está en desacuerdo con esta indicación, no solo porque la pena aparece desproporcionada, sino porque también hay una relación de confianza que se aparta de la discusión hecha hasta ahora y que dificulta la prueba.

Puesta en votación la indicación, se **rechaza por mayoría de votos**. Votan en contra los diputados Alessandri, Calisto, Desbordes, Fuenzalida, Maite Orsini, Andrea Parra y Verdessi. Se abstiene la diputada Camila Vallejo.

Indicación formulada por los **diputados Miguel Ángel Calisto, Álvaro Carter, Mario Desbordes, Fuenzalida, don Gonzalo, Andrés Longton, Enrique Van Rysselberghe y Daniel Verdessi, y las diputadas Karol Cariola, Maite Orsini, Camila Rojas:**

- i. Deróganse los artículos 362, 363, 365, 365 bis y 375.
- ii. En el artículo 366, sustituyese en su inciso primero, los vocablos “enumeradas en el” por “del”.
- b. Elimínase su inciso segundo.
- iii. Para modificar en el artículo 366 quáter inciso tercero, eliminando la referencia al artículo 363.

Respecto a esta indicación, **el señor Maurizio Sovino** advierte que para efectos que sea concordante con la reforma que se propone, es necesario dejar solo la referencia hecha al numeral 1° del artículo 361. Lo que habla este inciso es de los abusos sexuales sin contacto, generalmente cometidos a través de internet y el legislador ha dicho que estos se pueden cometer sólo a través de fuerza o intimidación o amenazas, pero se podría encontrar hipótesis que se genere por otra de las circunstancias que se sancionan actualmente en el artículo 361, por lo que esto abriría la posibilidad una mayor cobertura en la protección de niños, niñas y adolescentes, en este caso. Como el artículo 363, se debe hacer la referencia a las circunstancias del artículo 361.

Ante una solicitud de precisión de **la diputada Camila Vallejo**, se señala que la referencia es al artículo 361, en cuanto entiende que se refiere a toda circunstancia en él expresada.

El señor **Maurizio Sovino** advierte que el actual artículo 366 apunta a la derogación del inciso segundo, puesto que ahora todo se sancionará en el artículo 361, pero el inciso expresa “alguna de las circunstancias enumeradas” y respecto de ello se debe arreglar la referencia a todas las circunstancias del artículo.

iv. En el artículo 366 quáter:

a.- Sustituyese las palabras “del numerando 1º del” por “contempladas en el”.

b. Elimínase los vocablos “o de las enumeradas en el artículo 363”.

Puestas en votación las indicaciones signadas con los literales i, ii, iii, y iv fueron **aprobadas** por asentimiento unánime.

Votaron a favor las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Vallejo y Daniel Verdessi.

Para concluir se formula una **Indicación** por la **diputada Andrea Parra**, para eliminar el inciso final del artículo 369 del Código Penal, que se refiere al perdón del ofendido y es una propuesta que hizo en su momento el Ministerio Público y que parece razonable.

Puesta en votación, fue **aprobada** por unanimidad.

Votaron a favor las y los diputados Jorge Alessandri, José Miguel Calisto, Mario Desbordes, Gonzalo Fuenzalida, Maite Orsini, Andrea Parra, Camila Rojas (en reemplazo de la diputada Gael Yeomans), Camila Vallejo y Daniel Verdessi.

Por las razones señaladas y por los argumentos que expondrá oportunamente la señora diputada informante, esta Comisión recomienda aprobar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Reemplázase el artículo 361 por el siguiente:

“Artículo 361: El acceso carnal o la acción sexual que consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima.

Se aplicará la misma pena a quien, para realizar la conducta descrita en el inciso primero, obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima o valiéndose de engaño.

Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.

La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.”

2.- Deróganse los artículos 362, 363, 365, 365 bis y 375.

3.- En el artículo 366:

a. Sustitúyese en su inciso primero la frase “enumeradas en el” por “del”.

b. Elimínase su inciso segundo.

4. En el artículo 366 quáter:

a.- Reemplázase la frase “del numerando 1º del” por “contempladas en el”.

b. Elimínase la frase “o de las enumeradas en el artículo 363”.”.

5. En el artículo 369, elimínase su inciso final.

Sala de la Comisión, a 17 abril de 2019.

Tratado y acordado en sesiones de fechas 20 de marzo, 3, 10 y 17 de abril de 2019, con la asistencia de las y los diputados Jorge Alessandri, Mario Desbordes, Miguel Ángel Calisto (Presidente), Gonzalo Fuenzalida, Raúl Leiva, Cristhian Moreira, Maite Orsini, Andrea Parra, Osvaldo Urrutia, Camila Vallejo, Daniel Verdessi y Gael Yeomans.

Reemplazos: la diputada señora Marcela Sabat por el diputado señor Andrés Longton (20 de marzo, 3, 10 y 17 de abril de 2019); la diputada señora Gael Yeomans por la diputada señora Camila Rojas; el diputado señor Cristhian Moreira por el diputado señor Álvaro Carter, y el diputado señor Osvaldo Urrutia por el diputado señor Enrique Van Rysselberghe (todos el 17 de abril de 2019).

Asisten además los diputados señores Carlos Kuschel, Leonardo Soto y Pablo Kast y las diputadas señoras Karol Cariola, Natalia Castillo y Ximena Ossandón.

ALVARO HALABI DIUANA
Abogado Secretario de la Comisión