

# **INFORME DE LA COMISIÓN DE MUJERES Y EQUIDAD DE GÉNERO SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA LA REMOCIÓN NO CONSENTIDA DEL PRESERVATIVO DURANTE UNA RELACIÓN SEXUAL**

---

**Boletín N° 14665-34.**

## **HONORABLE CÁMARA:**

La Comisión de Mujeres y Equidad de Género viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de ley individualizado en el epígrafe, iniciado en moción de las diputadas Maite Orsini Pascal, Karol Cariola Oliva, Erika Olivera De La Fuente, Maya Fernández Allende, Marcela Hernando Pérez, Camila Rojas Valderrama, Marisela Santibáñez Novoa y Gael Yeomans Araya.

### **I.- IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DEL PROYECTO.**

La idea matriz del proyecto consiste en sancionar penalmente la práctica descrita como “retiro no consentido del condón”, es decir, la remoción del preservativo durante la práctica sexual sin el consentimiento de la pareja sexual.

### **II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.**

Para los efectos de lo establecido en los números 2, 4 y 5 del artículo 302 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

#### **1.- DISPOSICIONES DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO:**

No hay normas en tal calidad.

#### **2.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 244, N° 15, en relación con lo dispuesto en el artículo 303, N° 6, ambos del Reglamento de la Corporación, la Presidenta de la Comisión determinó que no habían artículos en esta situación.

#### **3.- VOTACIÓN GENERAL:**

El proyecto fue aprobado en general por la unanimidad de las integrantes presentes de la Comisión, con 5 votos a favor.

Votaron a favor las diputadas Marcela Hernando, Erika Olivera, Maite Orsini (Presidenta), Camila Rojas y Marisela Santibáñez.

#### **4.- DIPUTADA INFORMANTE:**

Se designó como informante a la diputada **Maite Orsini Pascal**.

### **III.- ANTECEDENTES.**

El proyecto de ley en informe fue presentado a tramitación el 26 de octubre de 2021, dándose cuenta de él en la sesión 94ª/369, celebrada el día 27 de octubre de ese mismo año, ocasión en la que fue destinado, para su tramitación e informe, a esta Comisión, que dedicó tres sesiones a su análisis y votación.

En la moción se señala que la pandemia del coronavirus ha revelado de manera cruda los múltiples riesgos a los que las mujeres están expuestas en su vida cotidiana. En efecto, a comienzos de la cuarentena del año 2020, los llamados por violencia intrafamiliar aumentaron considerablemente, lo que resulta esperable en un contexto de violencia de género normalizada como el chileno, en el que miles de mujeres tuvieron que vivir encerradas con sus agresores. Una situación similar se ha presentado en lo que respecta al fuerte retroceso de la participación laboral femenina que ha implicado la crisis sanitaria y económica, donde mujeres con trabajos más precarios o que se han visto forzadas por las circunstancias, han tenido que dedicarse a las labores de cuidado no remunerado de la familia. A lo anterior, se suman otros problemas, como el aumento de la carga de trabajo para mujeres que continuaron con sus empleos formales, las complejidades de una crianza distribuida injustamente por criterios basados en el género o el aumento de la violencia de género en internet, dado por el contexto de un incremento de las interacciones por medios electrónicos.

Se hace notar que, en general, se trata de problemáticas de violencia machista que existían previamente a la llegada de la pandemia de coronavirus y que, en ese sentido, han resultado exacerbadas por esta circunstancia. En otras palabras, los problemas que viven las mujeres hoy por hoy, en medio del año 2021, son los que siempre han vivido, pero intensificados por diversas crisis por las que atraviesa el país.

Se sostiene que, en razón de lo anterior, la violencia de género debe seguir siendo enfrentada en todos los ámbitos en los que se continúa manifestando, y que en medio de la pandemia se ha desarrollado la faceta judicial de uno de los casos de violencia sexual con mayor connotación social del último tiempo. Es por ello que el Estado no puede olvidar la relevancia social que tienen las demandas feministas en medio de la crisis sanitaria, económica y política por

la que hoy transita el país, donde el proceso de transformación feminista permite canalizar diversos conflictos sociales.

Se hace presente la intención de retomar las discusiones respecto de las urgentes modificaciones legislativas que se requieren para enfrentar la violencia sexual, la que se traducen en la presentación de proyectos de ley en los últimos años para abordar distintas problemáticas relacionadas con este tipo de violencia machista. En particular, existen conductas extremadamente lesivas de la autonomía sexual, y eventualmente, de la integridad física y corporal, que no han sido debidamente consideradas en el debate legislativo pero cuya relevancia social ha incrementado durante los últimos años, inclusive durante la pandemia, como es el caso de la práctica que se pretende sancionar en virtud de este proyecto.

#### IV.- FUNDAMENTOS.

Las autoras de la moción señalan que la práctica del retiro no consentido del condón en una relación sexual, también conocida como *stealthing*, consiste en remover el condón sin consultar, o hacerlo incluso ante la negativa de la persona con la que se mantienen relaciones sexuales, sea esta hombre o mujer. Esta conducta se ha hecho conocida en el último tiempo y se ha extendido a tal punto que diversos sistemas jurídicos han dado respuestas a nivel judicial<sup>1</sup> o legislativo<sup>2</sup>, en razón de la lesividad de la práctica en las personas por una eventual transmisión sexual o los efectos adversos en su salud mental que el acto puede producir. Por lo demás, ante todo se debe considerar como una forma de agresión a la autonomía sexual, en la medida en que, a pesar de ser una relación sexual consentida, no existió el consentimiento para remover el condón<sup>3</sup>.

Indican que este hecho no se trata de una violación, sino que debería ser considerado como un tipo de abuso sexual específico, que se realiza mediante el aprovechamiento de la confianza necesaria para la realización del acto sexual.

Sobre el particular, citan las palabras de Alexandra Brodsky, para referirse al objetivo de este proyecto de ley: *“En tanto la remoción no consensual del condón ha sido pasada por alto por la legislación, es una forma de daño y a menudo una manera de violencia sexual motivada por razones de género. Los remedios podrían encontrarse bajo nuestra legislación actual, pero una nueva vía de acción bien podría promover la posibilidad de éxito para las denunciantes al tiempo de reducir efectos negativos intencionales. En el mejor de los casos, tal ley*

<sup>1</sup> <https://edition.cnn.com/2018/12/20/health/stealthing-germany-sexual-assault-scli-intl/index.html>

<sup>2</sup> <https://www.abc.net.au/news/2021-04-22/stealthing-bill-criminalise-condom-removal-sex-consent/100085704>

<sup>3</sup> Brodsky, Alexandra. “Rape-adjacent”: Imagining Legal Responses to nonconsensual C Removal. Columbia Journal of Gender and Law. Vol. 32, No. 2, 2017

*podría claramente responder y afirmar el daño que reportan las víctimas al dejar claro que el "stealththing" no solo se siente violento - lo es."*

#### **V.- ESTRUCTURA.**

El proyecto de ley consta de un artículo único, mediante el cual se modifica el Código Penal, con el objeto de incorporar un nuevo artículo 363 bis, para sancionar al que, sin el consentimiento de la víctima, remueva el preservativo durante las relaciones sexuales, con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

#### **VI.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.**

##### **- DISCUSIÓN GENERAL**

La diputada **Orsini (Presidenta)**, en su calidad de autora de la moción, explicó que se trata de un proyecto de ley sencillo que busca tipificar como una forma de abuso sexual el retiro no consentido del preservativo durante la relación sexual o "*stealththing*", entendiéndose que el consentimiento debe ser la base de una relación sexual y si se accede a ella en ciertos términos, como con uso de preservativo, el retiro de éste sin consentimiento constituye una agresión de carácter sexual que debe ser tipificada.

Indicó que se trata de una conducta que existe, reconocida en otros países e, incluso, hay jurisprudencia comparada en que se ha sancionado esta práctica, por lo que resultaría importante avanzar en nuestra legislación en la protección de la indemnidad y libertad sexual de las mujeres y poner en el centro de toda relación sexual el consentimiento.

La diputada **Santibáñez**, coautora de la moción, celebró que se trate de un proyecto de ley vanguardista, acorde a los avances a nivel mundial en la protección de los derechos de las mujeres.

Explicó que el "*stealththing*" es la práctica en la que un hombre se quita el condón secretamente durante una relación sexual o lo daña intencionalmente antes o durante esta, cuando su pareja sexual solo ha dado su consentimiento para tener relaciones sexuales utilizando condón. Efectivamente, a diferencia del abuso sexual o la violación, el "*stealththing*" se da en el contexto de una relación sexual consentida en ciertos términos que, en su desarrollo, cambian. El cambio está dado por el retiro no consentido del preservativo que, al ocurrir, muta la relación sexual consentida en una no consentida, lo que constituye, sin lugar a dudas, violencia sexual.

Manifestó que son conocidas las dificultades probatorias que los delitos sexuales presentan de manera transversal, ya que, atendida su naturaleza, no dejan huella en el cuerpo de la víctima y que, comúnmente se dan entre cuatro paredes, en su círculo íntimo. Dado lo anterior, muchas mujeres deciden no denunciar y, así, pervive la impunidad de este tipo de delitos de connotación sexual, salvo algunos casos aislados de denuncias por violación.

A su juicio, el problema probatorio no debiese ser un impedimento ni un requisito para tipificar conductas que constituyan agresiones sexuales, como el abuso sexual que se traduce en tocaciones que no dejan marca o, en este caso, el retiro no consentido del preservativo durante la relación sexual.

Por tanto, hizo hincapié en que este proyecto de ley busca terminar con la impunidad de una conducta de agresión sexual, sin perjuicio del trabajo legislativo que en forma paralela se pueda impulsar para abordar las dificultades que enfrentan las víctimas de delitos de connotación sexual para obtener sentencias condenatorias.

Finalmente, explicó que, conforme a nuestra legislación actual, el "*stealth*" difícilmente podría subsumirse dentro de algunas de las hipótesis descritas en el Código Penal para configurar el delito de violación, que no ponen en el centro el consentimiento de la víctima y exigen otros elementos que no se dan en este caso, como la fuerza, intimidación, incapacidad para oponerse. Tampoco, podría subsumirse en la tipificación vigente de abuso sexual, por lo que se trata de una conducta de agresión sexual atípica.

Durante el debate, las diputadas presentes manifestaron algunas dudas sobre el bien jurídico protegido por el tipo penal que se crea, por la inexistencia de Derecho Comparado en la materia que tipifique de manera específica el "*stealth*" y sobre las dificultades probatorias que presenta la conducta.

La diputada **Orsini (Presidenta)** explicó que este proyecto no busca modificar las normas del procedimiento penal sobre cómo se prueba en juicio, sino que simplemente tipifica un delito que, al igual que todos los delitos sexuales que no dejan huella, incluido el abuso sexual, son tremendamente difíciles de probar pero que aún así son tipificados penalmente. Por lo tanto, el proyecto no ambiciona solucionar ese grave problema que, a su juicio, debe abordarse de manera integral, sino solo tipificar una conducta y darle el carácter de delito.

En el marco de la discusión general, las diputadas presentes coincidieron en la necesidad de invitar a especialistas que pudiesen profundizar sobre las ventajas de configurar un tipo penal específico para el "*stealth*" y sobre sus semejanzas y diferencias con los delitos de violación y abuso sexual.

La señorita **Patricia Godoy Saffie**, alumna de la Facultad de Derecho de la UDP, quien está realizando su tesis de pregrado en el tema del proyecto en estudio, entregó un contexto general de las legislaciones comparadas de España, Reino Unido y el Estado de California.

Con respecto al Código Penal español, ilustró que en su artículo 181 contempla el delito de abuso sexual y que un aspecto relevante del mismo es la regulación explícita de la falta de consentimiento para estos efectos, que se reduce a tres situaciones específicas, a saber, la privación del sentido, el abuso del trastorno mental de la víctima y la anulación de la voluntad de esta última mediante sustancias, como drogas y fármacos.

Explicó que al no mediar el consentimiento, todos los actos que atentan en contra de la libertad e indemnidad de la víctima constituyen acoso sexual. Esta norma no menciona ni considera conductas específicas, sino que hace referencia a actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de manera genérica, lo que permite subsumir todo tipo de conductas que cumplan con estos requisitos, es decir, la falta de consentimiento y que atenten contra los bienes jurídicos que el artículo busca proteger.

Sostuvo que el “*stealthing*” o remoción no consentida del preservativo se considera, para la legislación española, un abuso sexual, porque no hay consentimiento de la víctima en el retiro del preservativo y porque dicha conducta atentaría, precisamente, contra su libertad e indemnidad sexual. Como el preservativo es retirado de manera sigilosa, se asume que la víctima no estaría consintiendo en su retiro.

Sin embargo, advirtió que no deja de sorprender que en la legislación española el acceso carnal también puede constituir un abuso sexual, a diferencia de lo que ocurre en Chile, donde el único delito que regula el acceso carnal como tal es la violación. Por lo tanto, en España no todo acceso carnal no consentido constituye violación. El acceso carnal que se considera abuso sexual es aquel que se ejecuta sin violencia o intimidación y, por supuesto, sin que medie consentimiento, ya que si lo hay, se estaría ante una conducta típica que no se puede sancionar.

Respecto a la legislación del Reino Unido, explicó que el artículo que regula la violación, hipótesis en la que se abarcaría el “*stealthing*”, es muy particular y estructurado, ya que funciona con las figuras A y B: “una persona A comete un delito si: 1°, penetra intencionalmente la vagina, el ano o la boca de otra persona B con su pene; 2°, B no consiente la penetración; y 3°, A no cree razonablemente que B consienta”. En un párrafo aparte precisa que una creencia

razonable se determinará teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los pasos que A haya tomado para determinar si B da su consentimiento.

Observó que una semejanza con el Derecho Español radica en que este artículo también regula el consentimiento, pero en dicha regulación este se reduce a las tres situaciones particulares ya referidas. En cambio, en el caso del Reino Unido, no se delimita la forma de interpretar el consentimiento, dejando la posibilidad de subsumir más conductas que se entiendan no consentidas en el tipo penal. Lo que sí establece es la forma de determinar la razonabilidad de la convicción interna de A para creer que B no consiente y la forma de evaluarlo, igualmente amplia, ya que no se especifican las circunstancias a considerar, sino que se habla de todas las circunstancias, incluidas aquellas que se encuentran en el fuero interno de A para determinar el consentimiento de B, es decir, lo que A piensa y no exterioriza.

En cuanto a la jurisprudencia, si bien no es muy extensa, destacó un fallo en particular que desarrolla el interesante concepto de consentimiento condicional, que implica que las condiciones en las cuales se consintió se tienen que mantener durante todo el acto sexual. Por lo tanto, al consentir una relación sexual con preservativo, ésta se convierte en la condición bajo la cual la víctima accede y cualquier cambio que implique un acto sexual sin preservativo incumple la condición y sería no consentido.

Por último, en el Estado de California, comentó que el día 7 de octubre se aprobó una ley que contempla explícitamente el "*stealththing*", convirtiéndose en el primer país en ilegalizarlo. Lo interesante es que se contempla este ilícito en el Código Civil y no en el Código Penal, con la implicancia de que ante su ejecución la víctima deberá demandar por daños y recibir una indemnización de perjuicios, y no una sanción penal para el victimario. Otra peculiaridad es que se reconoce al "*stealththing*" como una agresión sexual, pero no se tipifica como delito.

Sobre el proyecto de ley en discusión, manifestó que el "*stealththing*" se encontraría regulado en la legislación actual, subsumiéndose dentro del tipo penal de violación, ya que el artículo 361 del Código Penal, que tipifica este delito, regula tres supuestos específicos: 1º, cuando se usa fuerza o intimidación; 2º, cuando la víctima se encuentra privada de sentido o se aprovechan de su incapacidad de oponerse; y 3º, cuando se abusa de la enajenación o trastorno de la víctima.

Indicó que el "*stealththing*" debiese subsumirse en la hipótesis número 2, aunque previno que la doctrina se encuentra dividida. La posición minoritaria considera que la incapacidad de oponerse solamente puede ser física, mientras que la mayoritaria estima que también puede ser psíquica. Hay un autor que

considera que hay que tener en cuenta las circunstancias fácticas del momento para determinar si hay una incapacidad de la víctima de oponerse.

En su opinión, el “*stealth*” se ejecuta producto de la incapacidad de oponerse de la víctima, que es tanto de índole psíquica como de índole circunstancial. Es psíquica, ya que la incapacidad reside en la confianza de que el acto se está llevando a cabo de la forma que se consintió en un inicio, en el fuero interno del sujeto pasivo, es decir, con preservativo. La incapacidad circunstancial, a su vez, se trata de un hecho del momento, pues en cuestión de segundos, el mismo acto sexual cambia y, entonces, se deja de cumplir con las condiciones pactadas en un principio y que consisten en el uso del preservativo. El sujeto activo se aprovecha de las circunstancias específicas del momento, por ejemplo, de que el sujeto pasivo está disfrutando del acto sexual. Este cambio drástico, impredecible para la víctima, lo imposibilita a oponerse.

Afirmó que el problema de que la conducta se encuentre regulada dentro de la violación es que su ejecución se sanciona con la pena de este delito. Sin embargo, “*stealth*” y violación son diferentes, y por lo tanto no merecen la misma pena. Los supuestos de la violación denotan situaciones con características diferentes y en ninguno de ellos hay un consentimiento inicial para tener relaciones sexuales, a diferencia del “*stealth*” en que sí lo hay, elemento que ya hace sustancialmente diferente la conducta. Además, en este caso, el ilícito se produciría durante el acto sexual, el cual se presume consentido desde un inicio. Por lo tanto, hay un acceso carnal consentido de forma condicional: que se desarrolle con uso de preservativo.

A su juicio, el “*stealth*” es menos grave que la violación, pero más grave que un abuso sexual. Como se ha sostenido que la conducta podría adecuarse al tipo penal de violación sólo como producto de una construcción interpretativa, y reconociendo que se trata de una conducta diversa a la de violación, por existir un consentimiento inicial, las ventajas de contar con un tipo penal específico que sancione la conducta implicaría la derogación de la anterior interpretación. Esto permite tipificar la conducta, con sus especificidades y además sancionarla de forma diferente.

En cuanto al consentimiento, señaló que es bastante discutido por la doctrina penal si debe integrarse o no en los tipos penales porque se puede medir con diferentes varas. En su opinión, debiese regularse en este caso porque resulta esencial a la conducta que se sanciona, aunque de manera amplia. En el caso del “*stealth*” la expresión del consentimiento debiese ser verbal, previa al acto sexual, aunque previno algunas problemáticas. Ejemplificó que si una pareja heterosexual tiene por primera vez un encuentro sexual y la mujer especifica que debe ser con preservativo y el hombre acepta, si éste lo retira durante la relación

sexual hay incuestionablemente delito. Sin embargo, puede ocurrir que la pareja lleve mucho tiempo en una relación, la voluntad ya no se explicita por parte de la mujer y el hombre se remueve el preservativo durante el acto sexual, entonces podría dudarse si fue con o sin consentimiento de la mujer. En ese caso, sostuvo que, a su parecer, debiese entenderse que fue sin consentimiento, aunque reconoció que quedará sujeto a interpretación. Casos así podrían quedar fuera si no se amplía la forma de redactar la norma.

Consultada sobre la gravedad de la conducta, respondió que la remoción del condón puede llevar a un embarazo no deseado o a una enfermedad de transmisión sexual, e implica romper la confianza en un ámbito tan importante como una relación sexual. Si la mujer consiente una relación sexual con preservativo, debiese respetarse esa decisión y sancionarse el poder de una de las partes sobre la otra de removerlo sin consentimiento. Esa afectación psicológica, la sensación de haber sido usado, y la pérdida de confianza no debiesen quedar impunes.

La señora **Angélica Torres Figueroa, abogada Magíster en Derecho Penal**, basándose en una presentación [VER](#), aportó las siguientes observaciones para mejorar la técnica legislativa del proyecto de ley en análisis.

1. Desde la perspectiva del tipo objetivo que se está proponiendo se comienza con la expresión “El que”, la cual, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia nacionales, indica que el sujeto activo puede ser cualquiera. En este caso, podría ser hombre o mujer. En concreto, previno que si la mujer es la que retira el preservativo sin el consentimiento del hombre, sería posible sancionarla, a diferencia de lo que ocurre en la violación, de acuerdo con la doctrina mayoritaria.

2. En cuanto a la conducta consistente en “remover el preservativo”, sugirió revisar las acciones que se buscan sancionar. De acuerdo con la RAE, en su primera acepción “remover” sería “pasar o mudar algo de un lugar a otro”, y en su tercera acepción “quitar, apartar u obviar un inconveniente”, por lo se estaría sancionando solamente quitar, apartar el preservativo -por ejemplo, quitarlo del pene- y no otro tipo de conductas, como romperlo, por ejemplo.

Por otra parte, según la RAE, “preservativo”, en su segunda acepción, es “una funda y elástica para recubrir el pene durante la relación sexual a fin de evitar la fecundación o el posible contagio de enfermedades”. Recomendó precisar en la discusión legislativa si la expresión se utiliza con ese alcance o se extiende a otro tipo de preservativos.

3. La expresión “relaciones sexuales” representa un concepto ajeno a la legislación nacional, al menos en materia de delitos sexuales. En materia de abusos sexuales, por ejemplo, el artículo 366 ter del Código Penal define como “acción sexual” cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la misma, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella. Por otra parte, en materia de violación y estupro se emplea la expresión “acceso carnal”, que la doctrina y jurisprudencia estiman que consiste en la introducción del pene en la vagina, ano o boca de la víctima. Si se opta por utilizar en el nuevo tipo penal la expresión “acceso carnal”, debe tenerse en consideración que la doctrina mayoritaria admite que solo el hombre o quien posea pene puede ejecutar esta conducta, y por ende, ser sujeto activo del tipo penal.

4. Resulta relativamente claro que la conducta sólo podría cometerse con dolo directo y no con culpa. No se estarían sancionando los casos en que accidentalmente se remueve el preservativo, sino que debe existir el conocimiento y la voluntad de la ejecución de esa conducta.

5. En cuanto al contagio de enfermedades de transmisión sexual, manifestó que lo más probable es que se estuviera en presencia de un concurso de delitos si es que se estima que el contagio de este tipo de enfermedades puede calificarse como lesiones, es decir, esta nueva conducta no requeriría tal contagio, sino que se trataría de dos delitos que podrían entrar en concurso de acuerdo con las reglas generales del derecho penal.

6. Otra consecuencia del “*stealth*ing” podría ser el embarazo no deseado que, a diferencia de las enfermedades de transmisión sexual, no podría tipificarse como delito, pero sí debiera considerarse, pensando en un sistema legislativo que tuviera cierta coherencia, si en los casos de embarazos no deseados producto de esta conducta debiese, también, modificarse el artículo 119 del Código Sanitario para contemplar este tipo penal, además de la violación, dentro de los casos que autorizan a un médico cirujano a interrumpir el embarazo mediando la voluntad de la mujer.

7. Este tipo de delitos traen aparejadas dificultades probatorias y eso ocurre generalmente en materia de delitos sexuales, ya sea por los procesos internos de la propia víctima, que no siempre denuncia de inmediato, y también porque se trata de conductas ejecutadas en un contexto íntimo, sin testigos, sin otros medios de prueba, por lo que hay un alto riesgo de convertirse en derecho penal simbólico, de crear un tipo penal que no tenga ninguna aplicación práctica. Al efecto, sugirió tomar los resguardos para que no quede como letra muerta.

La **Directora de Contenido de la Asociación de la Sociedad Civil por la Infancia, señora Paloma Zaninovic**, basándose en una siguiente presentación [VER](#), manifestó que el proyecto de ley en análisis va en la línea de los cambios culturales de la sociedad – el Código Penal siempre es un reflejo de los mismos – y a la vez en sintonía con lo que ha tratado de impulsar la Comisión, en lo referente al mensaje “No es No”.

Hizo presente que en el año 1999, el artículo 361 del Código Penal exigía oposición de resistencia por parte de la víctima para que se configurara el delito de violación. Con posterioridad, en el año 2010, se reemplazó la locución “para oponer resistencia” por “oponerse”, ampliándolo. A su entender, el “*stealth*” se encuentra dentro de las hipótesis de la violación, específicamente en el numeral 2° del artículo 361, por cuanto el sujeto activo se aprovecha de la incapacidad del sujeto pasivo para oponerse.

Por otra parte, explicó que esta práctica podría configurarse como un delito cometido exclusivamente por hombres y no por mujeres que quieren tener sexo sin condón, porque al ser los primeros quienes lo llevan puesto, pueden sentirlo, de modo que en los hechos, la mujer no podría remover el preservativo a escondidas del hombre. A lo anterior cabe agregar que el disgusto por el uso del condón no es un caso aislado entre los varones. En efecto, el *stealth* no ocurre por azar, siendo el descontento por el uso del preservativo algo normal y muy difundido en foros de sexualidad masculina e incluso en la *deep web*, a propósito de la búsqueda de pedófilos. Todos coinciden en la misma fijación o pulsión sexual en torno a la importancia de la intensidad de las sensaciones, que es mayor en la medida en que se prescinda del preservativo.

Explicó que, para configurar delito en estudio, se requieren las siguientes condiciones:

1. Usar el condón como condición para el contacto sexual.

Se debe haber acordado como condición *sine qua non* el uso de preservativo como barrera física en el contacto sexual.

2. Dolo a espaldas de la víctima.

Se requiere probar el dolo sobre la conducta de retirar el condón antes de iniciar la penetración, o en mitad de ésta a espaldas de la víctima.

3. Existe penetración,

Se cumple con la forma de tipificación de la violación, porque cambian las condiciones de la relación de forma unilateral por el sujeto activo del delito.

Indicó que los valores jurídicos protegidos, que son transgredidos en este delito, son:

#### 1. La libertad sexual

La libertad se entiende en su función de disposición, y se relaciona con su libre ejercicio, cuyo límite está constituido por los derechos de terceros. Por su parte, la función de exclusión de ese derecho se refiere al derecho de defensa, es decir, a la libertad de no ser degradado a un objeto de agresiones sexuales ajenas. En este último sentido, la libertad sexual es un aspecto de la libertad y la dignidad de la persona constitucionalmente consagrado, y que se conecta con el principio kantiano de que “nadie debe ser utilizado como medio para alcanzar un fin, sino que la persona debe ser un fin en sí mismo”. El titular de la autodeterminación sexual es el que decide el sí, el cuándo, y con quién habrá de mantener un acercamiento o contacto sexual.

#### 2. La autodeterminación sexual en el caso de adultos y adolescentes.

Se ha definido como la libertad de la persona para decidir sobre el lugar, el tiempo, la forma y la persona con la que mantendrá trato sexual. Esto se cumple también en el caso de la prostitución de adultos, cuyo ejercicio se tolera en la sociedad, en la medida en que dicha actividad haya representado una libre decisión en una persona mayor de edad, por una contraprestación monetaria y que no sea explotada por terceros. El dolo de sacarse el condón en medio de una relación consensuada bajo determinados principios totalmente distintos es equivalente a que el sujeto pasivo que recibe la acción contra su voluntad sea explotado.

Previno que no transgrediría la indemnidad sexual, que resguarda a menores de 14 años, ya que en el caso de estos últimos, el acceso carnal por vía oral vaginal o anal siempre es violación, salvo que el abusador sea otro adolescente, lo que se encuentra especialmente regulado por la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Agregó que el “*stealth*ing” es un atentado a la salud pública, sobre todo en Chile, donde los contagios de ETS, tenían en el año 2019 una tasa de crecimiento de entre 6.000 a 7.000 casos anuales de VIH y 3.000 de sífilis, detectados en personas que se realizan chequeos de salud, sin contar la cifra negra subyacente no menor que solo se entera cuando el afectado o afectada

presenta síntomas de estas enfermedades en un estado más avanzado. El hecho de tipificar el “*stealth*ing” no es un simple capricho feminista que pretenda proteger a las mujeres cisgénero, a homosexuales y trabajadoras/es sexuales, sino que desde toda racionalidad y sentido común es un imperativo para poder proteger la salud pública.

Destacó la importancia de este proyecto de ley en tanto significa un cambio cultural impositivo, de modo que quien quiera ejercer esta práctica no consentida sepa que pueden existir consecuencias legales serias.

Sugirió revisar la pena que se asigna al “*stealth*ing”, ya que resulta muy baja, según las explicaciones vertidas en orden a que dicha conducta se vincula más a la violación que al abuso sexual, como propone la iniciativa. La pena por el delito de violación es presidio mayor en su grado mínimo a medio (10 años y un día a 15 años, siendo su tramo mínimo desde 3.651 días a 4.563 días, y su tramo máximo, desde 4.564 a 5.475 días). Según la moción, la pena sería de presidio menor en su grado medio, es decir, de 541 días a 3 años. La pena de presidio menor en su grado mínimo va desde 61 a 540 días y en su tramo máximo, de 302 a 540 días.

Si se considera la premisa “ No es No”, la transgresión dolosa de los principios de autodeterminación sexual o libertad sexual e integridad de la salud, consistente en la penetración tras el retiro del condón, -hecho que no puede pasar inadvertido para el varón- técnicamente se puede sancionar con la pena de violación. En efecto, sacarse el condón dolosamente en medio de una relación para seguir el acto sexual es violación porque existe acceso carnal sin el consentimiento para concretarlo.

Finalmente, reiteró que el “*stealth*ing” representa una transgresión de los valores protegidos por medio de nuestro Código Penal, atentando contra la libertad y autodeterminación sexual de la persona, contra su integridad, y contra el derecho a la salud, tanto física como psíquica, de la víctima. Reflexionó que, aunque se trata de una práctica normalizada por algunos, debiese sancionarse, pues ayudará – tanto a hombres como mujeres- a tomar conciencia de lo grave que puede resultar el contacto sexual sin barrera profiláctica y significará para los hombres que lo hacen una pequeña limitante para ser disuadidos de hacerlo.

\*\*\*\*\*

#### - VOTACIÓN GENERAL

**Sometida a votación la idea de legislar sobre el proyecto de ley, fue aprobada por la unanimidad de las diputadas presentes (5-0-0).**

Votaron a favor las diputadas Maite Orsini (Presidenta), Erika Olivera, Marisela Santibáñez, Camila Rojas y Marcela Hernando.

#### - DISCUSIÓN Y VOTACIÓN PARTICULAR

##### **Artículo único**

*Modifica el Código Penal con el objeto de agregar un nuevo artículo 363 bis, en virtud del cual se sanciona al que, sin el consentimiento de la víctima, remueva el preservativo durante las relaciones sexuales, con la pena de presidio menor en su grado mínimo.*

Durante el debate, la Secretaría de la Comisión formuló las siguientes observaciones en relación con el texto del proyecto:

1. Reemplazar el término “víctima”, porque se coloca inmediatamente en esa situación a la persona con la que se tiene una relación sexual, lo que podría interpretarse como una especie de precalificación e ir en contra de la presunción de inocencia.

2. Sustituir la expresión “relación sexual”, en atención a que el Código Penal no la define y usa otros conceptos, como acceso carnal y acción sexual, idea que coincide con lo planteado por una de las expositoras durante la discusión general.

En razón de lo anterior, se presentó una propuesta, que fue suscrita como indicación sustitutiva por las diputadas Maite Orsini, Erika Olivera, Marisela Santibáñez, Camila Rojas y Marcela Hernando, para reemplazar el artículo único por el siguiente:

*“Artículo único. Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:*

*Agréguese un nuevo artículo 363 bis, del siguiente tenor:*

*“Artículo 363 bis.- El que, durante el acceso carnal o la ejecución de una acción sexual con otra persona en los términos del artículo 366 ter removiere el preservativo, sin el consentimiento de esta última, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”.*

Sometida a votación la indicación sustitutiva, fue aprobada por la unanimidad de las diputadas presentes (5-0-0). Votaron a favor las diputadas Maite Orsini (Presidenta), Erika Olivera, Marisela Santibáñez, Camila Rojas y Marcela Hernando.

**VII. ARTICULOS E INDICACIONES RECHAZADAS.**

No hubo. El articulado del proyecto fue objeto de una indicación sustitutiva, que fue aprobada por la Comisión.

\*\*\*\*\*

Se designó informante a la diputada **Maite Orsini Pascal**.

\*\*\*\*\*

**VIII.- TEXTO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR LA COMISIÓN:**

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

**PROYECTO DE LEY**

“Artículo único.- Incorpórase en el Código Penal el siguiente artículo 363 bis, nuevo:

“Artículo 363 bis.- El que, durante el acceso carnal o la ejecución de una acción sexual con otra persona en los términos del artículo 366 ter removiere el preservativo, sin el consentimiento de esta última, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”.

\*\*\*\*\*

Tratado y acordado, según consta en las actas correspondientes, en las sesiones de fechas 24 de noviembre, y 1 y 15 de diciembre de 2021, con la asistencia de las diputadas Nora Cuevas Contreras, Maya Fernández Allende, Marcela Hernando Pérez, María José Hoffmann Opazo, Aracely Leuquén Uribe, Erika Olivera De La Fuente, Maite Orsini Pascal (Presidenta), Ximena Ossandón Irrázabal, Joanna Pérez Olea, Camila Rojas Valderrama, Patricia Rubio Escobar, y Marisela Santibáñez Novoa.

Sala de la Comisión, a 15 de diciembre de 2021.

**XIMENA INOSTROZA DRAGICEVIC**  
**Abogada Secretaria de la Comisión**