

Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones

María Elena Santibáñez Torres*

I. Introducción

El área de la criminalidad que ha experimentado mayores modificaciones, en términos normativos, en las últimas décadas es el de los delitos sexuales. Ello obedece, sin duda, a una serie de cambios vinculados a distintos factores, entre otros, el mayor respeto de los derechos de las personas y de la dignidad de las mismas, la creciente protección de los derechos de los niños, hallazgos criminológicos y reformas culturales asociadas a las concepciones y hábitos sexuales, todos los cuales han significado una nueva mirada a la sanción de estas conductas de carácter sexual, dejando de lado consideraciones morales² y fundando más bien la incriminación de estos hechos en la auténtica lesión de bienes jurídicos individuales.

Las reformas tendientes a erradicar criterios morales en la fundamentación de los delitos sexuales, así como en la construcción de los tipos penales mismos, se convirtieron en una aspiración más o menos generalizada de la dogmática penal, que se encargó de promoverlas en los distintos ordenamientos jurídicos. De esta manera en nuestro país los delitos que han experimentado mayor cantidad de variaciones en las últimas décadas son precisamente los de carácter sexual, inspirados en este movimiento reformista³.

Este modelo de sistematización de los delitos sexuales busca despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso en el ámbito de la sexualidad de una persona por parte de otra persona. Se recalca el hecho que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo deben ser personas, así no se consideran relevantes las afectaciones a otros valores que no sean el atentar contra un ser humano, es decir, en definitiva busca una estrategia reduccionista. En él se han inspirado los movimientos de reforma de la criminalidad sexual en la mayoría de los países, así ocurrió en el nuestro principalmente

* Abogada. Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Práctica Conjunta de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

² La exclusión de criterios morales se basa en el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del ser humano y busca evitar que se imponga a la ciudadanía ciertas formas de comportamiento consideradas deseables desde la perspectiva de los valores morales imperantes, contrarrestando de esta forma la excesiva ideologización que mostraban los textos penales vigentes.

³ Al hablar de "reformismo" la doctrina contemporánea alude específicamente a un vasto movimiento internacional en pro de la renovación del ordenamiento punitivo, que se desarrolla a partir de la década de los años cincuenta del siglo XX. Ver: Rodríguez C., Luis, *Delitos Sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, reimpresión 2015, p.119.

con las leyes N°19.617 del año 1999⁴ y N°19.927 del año 2004⁵, que introducen reformas transversales en el sistema de los delitos sexuales recogiendo en gran medida los postulados de este modelo. Junto a estas modificaciones existen otras muy importantes pero más acotadas como son las que se realizan por medio de la Ley N°20.207 del año 2007⁶, Ley N°20.480 del año 2010⁷, Ley N°20.526 del año 2011⁸, Ley N°20.594 de 2012⁹ y Ley N° 20.685 del año 2013¹⁰.

Todos estos cambios han transformado en forma sustancial la regulación de los delitos sexuales. Sin embargo, no todas ellos obedecen al modelo reformista al que se ha hecho referencia, observándose en algunas de las mencionadas modificaciones legislativas más bien consideraciones asociadas a la peligrosidad que parecen tener este tipo de conductas

⁴ La Ley N°19.617 fue publicada en julio del año 1999 e inició su tramitación por mensaje presidencial el año 1994. Se trata de una de las reformas más completas efectuadas al ámbito de los delitos sexuales, aún cuando originalmente tenía por objeto sólo la reforma del delito de violación. Ver: Chile, Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Publicada en Diario Oficial de 12 de julio de 1999. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mkzs>

⁵ Esta ley inició su tramitación por moción parlamentaria de los entonces diputados Patricio Walker y Pía Guzmán y aún cuando perseguía cambios principalmente en los delitos asociados a la pornografía infantil, terminó modificando el sistema completo de los delitos sexuales, entre otras reformas, al aumentar la edad para prestar consentimiento en el ámbito sexual de 12 a 14 años. Ver: Chile, Ley N° 19.927, modifica el Código Penal, el código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Publicada en Diario Oficial de 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mh5ww>

⁶ Esta ley introdujo una norma especial en materia de prescripción de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Ver: Chile, Ley N° 20.207, establece que la prescripción en los delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Publicada en Diario Oficial de 31 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1makg>

⁷ Ley que efectúa algunas modificaciones de los delitos sexuales, cambiando la redacción de la modalidad segunda del delito de violación y de la norma especial sobre delitos sexuales cometidos entre cónyuges o convivientes e incorporando ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad penal de estos delitos en el artículo 368 bis. Ver: Chile, Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas del parricidio. Publicada en Diario Oficial de 18 de diciembre de 2010. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1ma0v>

⁸ Ley que incorpora en el artículo 366 quáter del Código Penal una nueva modalidad del delito de abuso sexual impropio conocida como “child grooming” y amplía el concepto de pornografía infantil. Ver: Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Publicada en Diario Oficial de 13 de agosto de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1n65o>

⁹ La Ley N°20.594 modifica la pena de inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad, otorgándole carácter perpetuo tratándose de delitos contra menores de catorce años y temporal cuando son mayores de esa edad y creando un registro público de esta pena. Ver: Chile, Ley N° 20.594, crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades. Publicada en Diario Oficial de 19 de junio de 2012. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mmbq>

¹⁰ Ley que amplía la agravante del artículo 368 del Código Penal a transportistas escolares y a quienes se desempeñen en establecimientos educacionales a cualquier título, aumenta la pena de la comercialización de material pornográfico infantil equiparándola con la de producción, establece modificaciones en cuanto al plazo para borrar antecedentes penales tratándose de la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad e introduce modificaciones a la libertad condicional. Ver: Chile, Ley N° 20.685, agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad. Publicada en Diario Oficial de 20 de agosto de 2013. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m86e>

y que han llevado a establecer verdaderas medidas de seguridad para los condenados por delitos sexuales. En este mismo sentido, existe una tendencia creciente en el último tiempo ha aumentar el ámbito de la criminalidad sexual, a endurecer las penas que llevan asociadas estos delitos y a restringir las posibilidades de penas sustitutivas o de beneficios intrapenitenciarios, lo que responde a lo que se ha denominado el modelo sistemático del expansionismo¹¹.

Por otro lado, siguen existiendo junto a conductas delictivas verdaderamente lesivas para los bienes jurídicos de carácter sexual, como la integridad, la libertad o la indemnidad sexual, otras que mantienen una fuerte inspiración de carácter moral asociadas a bienes jurídicos como las buenas costumbres, la moralidad pública o el orden de las familias, las que a nuestro parecer deberían salir de los ordenamientos jurídico penales.

Así las cosas, los delitos sexuales tradicionales, que son los que motivan en esta oportunidad nuestro análisis, han experimentado cambios profundos, lo que no sólo ha ocurrido en este país sino que es una constante en el derecho comparado.

Es importante señalar que si bien todas las legislaciones tienden a establecer diferentes formas de regular estos delitos, parece existir cierto consenso a lo menos en tres ideas centrales que son recogidas en mayor o menor medida por los distintos ordenamientos jurídicos. Lo primero que parece ser una constante, es la mayor incriminación de aquellas conductas que suponen empleo de violencia física por sobre aquellas en que el delito se funda más bien en la existencia de una situación de aprovechamiento o engaño; en segundo lugar existe acuerdo en que son conductas más graves y merecen mayor reproche jurídico-penal aquellas que suponen el traspaso de límites corporales de la víctima con significación sexual por sobre aquellas en que la conducta tiene una naturaleza distinta y, el último consenso que parece existir, a lo menos en la civilización occidental, es la especial protección que debe darse a los menores de edad atendidas las características especiales de los mismos. Todas estas directrices han sido recogidas de alguna manera por las distintas modificaciones que han experimentado los delitos sexuales durante las dos últimas décadas en nuestro país.

En este entendido, la finalidad de este breve estudio es dar una visión panorámica acerca de las características generales de los delitos sexuales tradicionales, esto es, los delitos de violación, estupro y abuso sexual y de las modificaciones más importantes que han experimentado. Para ello comenzaremos haciendo una breve descripción del bien jurídico protegido por estos tipos penales para luego referirnos a cada uno de ellos en particular.

¹¹ Véase: Rodríguez C., Luis, *op.cit.* p.130 y ss.

II. Bien jurídico protegido

Independiente de la importancia sistemática que pueda tener el estudio de los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos penales, usualmente se plantea que su relevancia radica en que sirven como límites al poder punitivo del Estado y que son un freno a la inclusión de conceptos morales al derecho penal. Sin embargo, nos parece que la utilidad más manifiesta de la noción de bien jurídico protegido es aquella que nos permite utilizarlos como herramientas a la labor hermenéutica, a la delimitación de los distintos tipos penales y, especialmente en este caso, a determinar las conductas sexualmente relevantes para el derecho penal.

Los delitos de connotación sexual, como también se les denomina, se encuentran regulados en el párrafo VII del Libro II del Código Penal (C.P.), originalmente bajo el epígrafe de "*Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública*"¹², sin que históricamente se hiciese alusión alguna a un bien jurídico individual de protección en esta clase de delitos.

La incorporación de un auténtico bien jurídico de protección en esta clase de delitos se produjo recién el año 2004 con la Ley N°19.927, que cambia el epígrafe del título VII del Libro II del C.P., quedando del siguiente tenor: "*Crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual*". No obstante hacer la referencia a un bien jurídico individual, lo que nos parece muy positivo, se siguen considerando otros bienes jurídicos cuya pertenencia al ámbito del derecho penal parece a lo menos discutible.

De esta forma nuestro Código Penal toma partido por el bien jurídico *integridad sexual* tratándose de estos delitos, entendiendo por tal un concepto que, al igual que los de incolumidad o indemnidad sexual, hace referencia al derecho del individuo a no sufrir detrimento en el plano de la sexualidad, partiendo de la premisa innegable, a nuestro juicio, que estos delitos apuntan a la protección de la víctima frente al daño psíquico y emocional que ésta puede experimentar a consecuencia del comportamiento sexual abusivo tanto en forma coetánea a su realización como en un momento posterior¹³.

¹² La referencia a bienes jurídicos con un fuerte componente moral obedece a las tendencias imperantes en la época de dictación de nuestro Código Penal, inspiradas en el llamado modelo de la codificación. Al respecto véase Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 135-142. Todos los proyectos de Código Penal elaborados durante el siglo pasado, que intentaron adecuar nuestro añoso código punitivo a las modernas tendencias que venían desarrollándose en el derecho comparado, a la hora de referirse a los delitos de connotación sexual seguían utilizando criterios morales de fundamentación. Sólo el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal del año 2005 se refiere a estos delitos como Delitos contra la Integridad Sexual, sin referencia a criterios morales, recogiendo el ideario reformista en estas materias y contemplando un auténtico bien jurídico de carácter personal como criterio de fundamentación de estos delitos.

¹³ Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 175.

No obstante ello, una somera revisión de la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales permite darnos cuenta que se sigue echando mano de los bienes jurídicos tradicionales de libertad de autodeterminación sexual e indemnidad sexual para la fundamentación de esta clase de delitos y que el concepto de integridad sexual, aún cuando podamos considerarlo como sinónimo de indemnidad, no se ha asentado aún en el discurso jurídico.

En cuanto al bien jurídico *libertad de autodeterminación sexual* que se protege por estos delitos se refiere a su aspecto negativo o estático, es decir el derecho que tenemos a no vernos involucrados en contextos sexuales no deseados. En cambio la libertad sexual positiva o dinámica entendida como el derecho que tenemos a relacionarnos libremente en este ámbito más bien ha sido tomada en consideración a través de una progresiva despenalización de ciertas conductas sexuales, reconociendo con ello el carácter fragmentario del derecho penal¹⁴.

En el caso de la *indemnidad sexual*, a pesar de ser un bien jurídico que puede predicarse respecto de adultos y menores pues alude al carácter lesivo de las conductas, tiende más bien a restringirse su utilización como criterio de fundamentación respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Se pone énfasis, nos parece, en la afectación al desarrollo y bienestar del menor, que es implícita a la realización de las conductas sexualmente abusivas.

Todavía hay un tercer bien jurídico que suele ser utilizado que es la *intangibilidad sexual*, más propia de sujetos que no están en condiciones de manifestar voluntad alguna respecto a la realización de un acto sexual, por ejemplo, personas en estado comatoso. En estos casos el énfasis está en la prohibición de instrumentalización de estos sujetos y en el respeto a su dignidad humana.

Todos estos bienes jurídicos parecen seguir conviviendo al momento de fundamentar la criminalidad sexual, en todo caso el énfasis que se ponga en uno o en otro permitirá interpretar de una manera más coherente estos tipos penales.

III. Delito de violación

El delito de violación constituye el atentado sexual más grave que existe en nuestro ordenamiento jurídico. La delimitación de las conductas que son comprendidas por esta figura, constituye un imperativo para poder determinar, con la mayor precisión posible, en

¹⁴ Ello se ve reflejado con la despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento en 1994 y de la sodomía consentida entre adultos el año 1999. En cambio, uno de los delitos que subsiste en el que parece haber afectación a esta libertad es el de incesto, que no tiene a nuestro juicio un bien jurídico real de protección.

qué casos las conductas de significación sexual consistentes en acceso carnal son constitutivas de delito y en qué casos en cambio son conductas atípicas.

3.1 Reseña sobre su evolución

El delito de violación aparece recogido en el artículo 361 de nuestro Código Penal desde su dictación¹⁵. La conducta originalmente sancionada se cometía yaciendo con una mujer en ciertos casos señalados por la ley, todos los cuales evidenciaban la falta de voluntad de la víctima. El delito era bastante restringido, pues sólo podía ser sujeto pasivo de la violación la mujer. Además, existía cierto consenso doctrinario, en entender que la conducta se realizaba únicamente a través del coito heterosexual vaginal, quedando excluido del ámbito de la violación el coito anal o cualquier forma de introducción de objetos¹⁶. Por su parte, las modalidades comisivas eran relativamente similares a las de la figura actual, pues contemplaba la fuerza o intimidación, la privación de sentido o razón de la víctima y la minoría de doce años de la mujer.

La primera modificación que sufre este delito fue en el año 1972, con la creación del delito de violación sodomítica¹⁷, permitiendo que el hombre también pudiese ser sujeto pasivo de un delito similar al de la mujer. Casi al final de esa década, se crea el delito complejo de

¹⁵ La disposición original era la siguiente:

"Art. 361: La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".

¹⁶ En este sentido Garrido M., Mario, *Derecho Penal: Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III, p. 350; Künsemüller, Carlos, "Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno", en *Gaceta Jurídica*, 1993, No.152, p.43; Muñoz C., Francisco, *Derecho Penal: Parte especial*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 6ª edición, 1985, p.344. Etcheberry en cambio, era partidario de una posición más amplia, en favor de considerar la cópula anal con la mujer como constitutiva del delito de violación, ver: Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal: Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. IV, p. 57. Sobre la necesidad de ampliar la conducta original a otro tipo de penetraciones véase Alonso de Escamilla, Avelina, "El delito de violación: la conducta típica" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, Tomo XLII, pp. 571-591.

¹⁷ La figura fue creada por Ley N° 17.727 el año 1972. Antes de su creación el coito anal no consentido de un hombre con otro hombre sólo podía ser castigado a título del delito de abusos deshonestos. El delito llamado delito de violación sodomítica se incorpora en el artículo 365 del Código Penal, que hasta ese entonces se refería sólo a la sodomía simple, quedando a partir de esa fecha del siguiente tenor:

"Art. 365. El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1º Cuando se use de fuerza o intimidación sobre la víctima.

2º Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa, y

3º Ser el ofendido menor de catorce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".

Ver: Chile, Ley N° 17.727, introduce modificaciones que indica al Código Penal. Publicada en Diario Oficial de 27 de septiembre de 1972. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1sh7q>

violación con homicidio y se aumenta la pena de los delitos de violación y violación sodomítica en los casos que tuvieran como víctimas a mujeres menores de doce años u hombres menores de catorce años¹⁸.

El cambio más significativo que experimenta el delito de violación se produciría sin embargo, muchos años más tarde, con la dictación de la Ley Nº 19.617 el año 1999. Esta normativa modifica sustancialmente el tipo penal de la violación en cuanto a los sujetos pasivos del delito, la conducta incriminada y las modalidades comisivas. A partir de esta modificación se equiparan los sujetos pasivos del delito, pudiendo ser hombres o mujeres, con lo cual desaparece el delito de violación sodomítica. Asimismo, se elimina la diferencia que hasta ese entonces se hacía en cuanto a la edad para prestar consentimiento en materia sexual, estableciéndose en doce años cualquiera sea el sexo de la víctima. Por otra parte se describe y se amplía la conducta punible, indicándose claramente que ella consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de esta manera el delito se extiende en el caso de la mujer al coito anal y bucal y en el caso del hombre al coito bucal.

Del mismo modo, las modalidades comisivas experimentan algunos cambios, modernizándose la nomenclatura utilizada por el Código para referirse a la privación de razón de la víctima, que ahora denomina como enajenación o trastorno mental de la misma y exigiendo expresamente, en este caso, la existencia de abuso para estar en presencia del delito. Además se agrega, en el numeral segundo del artículo 361 del Código Penal, junto a la privación de sentido de la víctima, el aprovechamiento de la incapacidad para oponer resistencia de la misma, que años más tarde cambiaría su redacción.

Esta ley introduce también un cambio en la ubicación del delito de violación de menor de doce años de edad, que pasa a ocupar un artículo independiente al de la violación de mayores de esa edad, ubicándose ahora en el artículo 362 del código punitivo¹⁹.

Habían transcurrido pocos años desde esta modificación tan importante en el ámbito de la criminalidad sexual, cuando se produce una nueva gran reforma por Ley Nº19.927 el año 2004, la que si bien no introduce cambios en la conducta del delito de violación, produce una verdadera revolución en prácticamente todos los ilícitos de esta índole al aumentar en dos años la edad para prestar consentimiento en materia sexual, fijándola en catorce años

¹⁸ Esta modificación se efectúa a propósito del conocido Caso Anfruns. Ver: Chile, Decreto Ley Nº 2.967 de 1979, Introduce modificaciones al Código Penal. Publicado en Diario Oficial de 11 de diciembre de 1979. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1seah>

¹⁹ Hasta esa fecha el artículo 362 contenía una norma relativa al itercriminis del delito de violación considerándolo como consumado desde que había principio de ejecución. Esta disposición legal desaparece regulándose desde entonces la tentativa de este delito de acuerdo a las normas generales sobre la materia.

sin distinción de sexo²⁰. Esta misma ley aumentó la pena del delito de violación del artículo 361, eliminando el grado inferior de la pena, que ahora queda con una extensión de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Con posterioridad, y aún cuando no se trató de una modificación directa del Código Penal, debe destacarse en la evolución que ha tenido el delito de violación, la norma contenida en el artículo 4º de la Ley Nº 20.084, dictada el año 2005 y que estableció un sistema de responsabilidad penal adolescente²¹. La norma tiene incidencia directa en el delito que se analiza pues deja fuera del ámbito penal las relaciones sexuales consentidas con menores de catorce años, siempre que entre el sujeto activo y pasivo de la conducta exista una diferencia de edad no superior a dos años en el caso de las conductas consistentes en accesos carnales que pueden dar lugar al delito de violación, o tres años tratándose de conductas que pueden constituir otros delitos señalados por la misma disposición^{22 23}.

²⁰ Es importante recordar que la fijación de la edad en catorce años para prestar consentimiento en materia sexual obedeció en gran parte a la presión social y mediática existente considerando que en la época de discusión de la ley había estallado el llamado caso Spiniak. Sobre el particular véase la historia de la Ley Nº19.927 que da cuenta precisamente que la discusión acerca de este punto se centraba en fijar la edad en 12 o 13 años, no en 14 como finalmente se hizo producto de las razones ya señaladas.

²¹ Chile, Ley Nº 20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Publicada en Diario Oficial de 07 de diciembre de 2005. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m0pj>

²² El artículo 4º de la norma dispone: Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quater y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

La incorporación a esta regla especial sobre delitos sexuales del delito de producción de material pornográfico infantil, contemplado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, es posterior a su creación y fue agregado por Ley Nº 20.526, de 13 de agosto de 2011.

²³ La naturaleza jurídica de la norma es objeto de discusión por parte de la doctrina, inclinándonos en el último tiempo más bien por apreciar un carácter justificante en la disposición, toda vez que la conducta ejecutada dentro de los márgenes establecidos por la norma parece estar completamente autorizada por el legislador, de manera que no habría ningún indicio de ilicitud en la misma, con las consecuencias que ello trae consigo en diferentes instituciones del derecho penal, v.gr. en materia de participación criminal.

La existencia de una norma de estas características en nuestro ordenamiento jurídico permite en parte solucionar los problemas que acarrea la fijación de una edad tan alta, a nuestro juicio, para prestar consentimiento en materia sexual. Con ella nuestro derecho sigue la tendencia existente en otras legislaciones que establecen reglas similares, así por ejemplo en el Código austríaco, el límite etario está fijado en los 13 años y la diferencia de edad con el hechor, en tres años (§§ 206, 207 y 208), lo mismo que en el italiano (art. 609 quater); en el suizo, en cambio, la edad límite son los 16 años de edad, y la diferencia de edad con el hechor es de tres años (art. 186.2). Sin embargo, de lege ferenda sería aconsejable bajar la edad fijada para prestar consentimiento a 13 o 12 años, como por lo demás lo hace el art. 99 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal del año 2005 que vuelve a establecer los 12 años, o bien, aumentar la diferencia de edad establecida en esta regla especial para delitos sexuales a cuatro o cinco años en todos los casos.

Sobre el particular es relevante tener en cuenta que el DSM-IV TR (2003) acuña una diferencia de edad de tipo clínica cuando realiza la definición de pedofilia, estableciendo que "el individuo con este trastorno debe tener 16 años o más y ha de ser por lo menos 5 años mayor que el niño", en el criterio de su diagnóstico. Por otro lado, como concepto de asimetría de edad, está la definición que realiza Cantón y Cortés quienes establecen que "el contacto sexual entre un adolescente y un niño más pequeño también se puede considerar abusivo cuando exista una disparidad significativa de edad (cinco o más años), de desarrollo o de tamaño que haga que el niño más pequeño no esté en condiciones de dar un consentimiento informado", ver: Cantón

La última modificación producida en la descripción típica del delito de violación, es la que realiza la Ley N°20.480 del año 2010, que elimina la voz resistencia de la circunstancia contenida en el art. 361 N° 2 segunda parte.

3.2. Características y modalidades comisivas del delito de violación

En cuanto al sujeto activo del delito la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la redacción de los tipos penales de violación y estupro, sólo permiten que estas conductas se realicen por quién accede carnalmente a la víctima, es decir sólo puede tratarse de un hombre, y no por quien se hace acceder por otro²⁴.

En cambio tratándose de los sujetos pasivos o víctimas de este delito, como ya se ha señalado, la ley equipara a hombres y mujeres sin distinción alguna.

La conducta de acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a otra persona constituye un acto propio y cotidiano en la vida sexual de todos, de manera que sólo nos encontraremos frente a un ilícito penal, en la medida que no exista consentimiento por parte del sujeto pasivo de tal conducta.

Al momento de efectuar la descripción típica del delito, el legislador no señala expresamente la ausencia de consentimiento de la víctima sino que decide describir las circunstancias de realización de la conducta que la transforman en delito, precisamente por esa falta de voluntad²⁵. La fórmula elegida por el legislador para tipificar el delito acarrea como consecuencia que sólo se estará en presencia de una violación si concurre alguna de las circunstancias señaladas por el código, de otro modo la conducta es atípica y no es dable a la víctima alegar falta de consentimiento pues sólo constituyen situaciones de esta naturaleza las que ha señalado la ley. Como puede observarse entonces, la determinación

D., José, Cortés A., María, *Guía para la evaluación del abuso sexual infantil*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2000, p. 11.

²⁴ En igual sentido Sentencia de la Corte Suprema (SCS) de 7 de Enero de 2009 (Rol 7823-2008), N° Legal Publishing: 41559. Aceptando la posibilidad de que el sujeto activo de la violación o el estupro puede ser tanto quien accede carnalmente como quien se hace acceder por otro están: Carnevali R., Raúl, "La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", en *Gaceta Jurídica*, 2001, N°250, pp.13-18; Garrido M., Mario, *op.cit.*, p. 350. En el mismo sentido, Sentencia de la Corte de Apelaciones (SCA) de Valparaíso de 5 de Septiembre de 2003 (Rol 23952-2001), N° Legal Publishing: 28969. Sobre la problemática en general del sujeto activo del delito de violación, véase además Carrasco J., Edison, "El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales", en *Revista Ius et Praxis*, 2007, N°2, pp. 137-155.

Es importante señalar que al hablar de autoría del delito de violación, nos referimos sólo a la ejecutiva o de propia mano, pues tratándose de coautores o autores mediatos – para quienes aceptamos esta forma de autoría en los delitos sexuales - nada obsta que ésta se realice por parte de mujeres.

²⁵ En este sentido sería aconsejable una referencia expresa a la ausencia de consentimiento de la víctima, como lo hace el Anteproyecto de Nuevo Código Penal del año 2005 en su artículo 98 que señala: "El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal constituye violación y será castigado (...)"

de los límites de cada una de las circunstancias del delito de violación, constituye una cuestión de la mayor relevancia.

3.2.1. Uso de fuerza (Art. 361 N° 1 C.P.)

El acceso carnal mediante el uso de fuerza en la víctima constituye la forma más tradicional del delito de violación y era lo que la hacía merecedora del calificativo de delito de barbarie²⁶.

Lo primero que se debe distinguir en relación con esta circunstancia, es diferenciar el uso de fuerza connatural al acto sexual de aquella que es constitutiva de delito. En este sentido, parece ser que lo determinante no es la gravedad de la fuerza ejercida²⁷ la que puede consistir en casos de vis absoluta o simples vías de hecho²⁸ - sino que la ausencia de voluntad del sujeto pasivo en la relación sexual llevada a cabo. La fuerza es ejercida sobre el cuerpo de la víctima precisamente con el fin de vencer o anular su voluntad.

La exigencia de resistencia no es exigida por el tipo penal, de manera que el delito se configura cuando se emplea fuerza física para anular la voluntad sin que sea necesario ningún otro requisito²⁹. Lo básico es la falta de adhesión voluntaria de la víctima y que el hechor ejerza vías de hecho, la resistencia de la víctima sólo puede servir para efectos de prueba, pero no como elemento del tipo. Esta aseveración nos parece válida para la interpretación del tipo penal desde sus orígenes, sin embargo hoy en día cobra mayor fuerza al eliminarse precisamente la voz resistencia de la modalidad segunda del artículo 361 N° 2³⁰.

²⁶ "El adulterio es un delito de refinamiento; la violación lo es de barbarie. La grosería, la brutalidad, es lo que lo caracteriza" Pacheco, Joaquín, *El Código Penal: Concordado y comentado*, Madrid, Editorial Edisofer s.l., 2000, p. 1057.

²⁷ Ello permite dejar fuera del ámbito delictivo aquellos casos de relaciones sexuales plenamente consentidas en que la utilización de violencia física es deseada por los intervinientes en el acto.

²⁸ En los casos de vis absoluta el sujeto pasivo es reducido a la condición de simple objeto, viéndose anulada tanto su voluntad como su capacidad defensiva, en cambio en el caso de simples vías de hecho se trata de actos que sin llegar a suprimir completamente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra. Ver: Rodríguez C., Luis, *op.cit.*, p. 191.

²⁹ En la posición contraria, en el sentido de exigir que la víctima oponga resistencia se encuentran Pacheco, Joaquín, *op.cit.*, p. 1061; Garrido M., Mario, *op. cit.*, p. 360; Etcheberry, Alfredo, *op.cit.*, p. 58; Sproviero, Juan, *Delito de violación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p.148; Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 28; Tieghi, Osvaldo, *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1983, p. 236. En favor de la posición aquí defendida: SCS de 29 de marzo de 2005 (Rol N° 809-2005), N° Legal Publishing: 31921; SCS de 16 de enero de 2008 (Rol N° 6614-2007), N° Legal Publishing: 38143; SCS de 4 de agosto de 2008 (Rol N° 3589-2008), N° Legal Publishing:39695 y SCA de Santiago de 20 de mayo de 2010 (Rol N° 445-2010), CL/JUR/2939/2010.

³⁰ La Historia de Ley N° 20.480 da cuenta que la mayoría de las intervenciones que se producen en relación específicamente a esta modificación legal, señalan que aún con la redacción original no era exigible la resistencia de la víctima en las hipótesis de uso de fuerza. En este sentido se pronuncia el profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señor Jaime Vera Vega en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados al exponer: "Ambas proposiciones parecen innecesarias, puesto que la

La fuerza en la violación debe estar dirigida a lograr el acceso carnal, sin embargo no requiere que se emplee durante toda la realización del acto sexual, vale decir, que sea permanente.

Por su parte, la fuerza puede manifestarse luego de iniciada la actividad sexual y frente a la negativa del sujeto pasivo de querer seguir manteniéndola, toda vez que el consentimiento en esta materia no es indivisible, sino fraccionable, renovándose minuto a minuto. De esta manera, si no concurre la voluntad de la víctima y se emplea fuerza para lograr el acceso carnal u otra circunstancia comisiva, se configura el delito³¹.

3.2.2. Uso de intimidación (Art. 361 N° 1 C.P.)

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden la intimidación como sinónimo de vis compulsiva o violencia moral que se verifica mediante una amenaza efectuada al sujeto pasivo del delito y que permite lograr el acceso carnal sin que concurra su consentimiento³². Respecto a los requisitos que debe tener tal amenaza, se tiende a exigir que sea seria, verosímil, grave e inmediata³³. Además se requiere la existencia de un vínculo de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo perseguido por el agresor.

En relación a esta modalidad somos partidarios más bien de un concepto más amplio como el que promueve el profesor Rodríguez Collao, considerando que el efecto intimidatorio se da en la víctima del delito y puede provenir de la existencia de una amenaza, con las características exigidas por la posición mayoritaria, como también de otras circunstancias conocidas por el hechor y la víctima que provocan este efecto intimidatorio en esta última³⁴. Por supuesto que este estado de temor de la víctima debe ser grave, al punto de ser

interpretación que ha venido haciendo la doctrina (...), equipara fuerza con violencia y no exige resistencia de parte de la víctima, sino una voluntad contraria a la realización del acto sexual. Este mismo criterio, entendemos, se ha impuesto a nivel jurisprudencial". Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.480 Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio, [en línea]. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mqjlh>, p. 96.

³¹ SCS de 19 de abril de 2005 (Rol N°956-05).

³² En este sentido, entre otros: Garrido M., Mario, *op.cit.*, p. 361; Etcheberry, Alfredo, *op.cit.*, p. 59; Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.245.

³³ SCS de 9 de enero de 2003 (Rol N° 4422-02); SCS de 10 de marzo de 2003 (Rol N° 4115-2002), N° Legal Publishing: 26680; SCS de 3 de mayo de 2004 (Rol N° 5695-2003), N° Legal Publishing: 30142; SCS de 5 de enero de 2005 (Rol N° 3640-05).

³⁴ Rodríguez C., Luis, *op.cit.*, p. 197; Sproviero, Juan, *op. cit.*, p. 130 y 131, quien señala "(...) la intimidación no puede ceñirse a una amenaza, sino que surte su efecto por el resentimiento o debilitamiento psicológico de la víctima", agrega que "la norma se pronuncia por las secuelas psicológicas que provoca la actitud del autor y que no es otra cosa que la propia intimidación, que responde a la mutabilidad psicológica del sujeto pasivo". Acogiendo este concepto amplio de intimidación: Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal (STOP) de La Serena de 17 de enero de 2003 (RUC 0200043504-2); STOP de La Serena de 22 de marzo de 2003 (RUC 0200050551-2); STOP de La Serena de 9 de agosto de 2003 (RUC 0200130656-4), en todas ellas se toman en consideración para fundamentar la intimidación aspectos como el carácter violento del agresor, episodios de maltrato previo, antecedentes penales y el manejo de armas por el mismo.

permanente en el tiempo y que se verifica a veces ante la sola presencia del agresor, como en ciertos casos de violaciones en contextos intrafamiliares.

3.2.3. Privación de sentido de la víctima (Art. 361 Nº 2, primera parte C.P.)

El sentido natural y obvio de la expresión “*privación de sentido de la víctima*” es sinónimo de inconsciencia. Según lo ha entendido la doctrina, el fundamento de la norma es el hecho que la víctima se encuentra incapacitada para comprender el significado del acto o para adquirir el conocimiento de las cosas³⁵. Señala Rodríguez Collao “(...) *la privación de sentido alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que no obedezca (como único factor desencadenante) a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad*”³⁶.

Se entiende que la protección de esta persona es total, pues se la considera como un sujeto intocable en el plano sexual, por lo mismo aquí se señala como bien jurídico protegido la *intangibilidad sexual*. Si se quiere reconducir esta figura a la protección de la libertad de autodeterminación sexual, queda en evidencia que lo que se está impidiendo por el legislador es la realización de actos de significación en ambientes carentes de libertad.

El principal problema de esta circunstancia es determinar la intensidad que debe revestir la privación de sentido para que permita efectivamente comprobar la existencia de un aprovechamiento por parte del otro³⁷. La tendencia en esta materia es considerar no sólo los casos de supresión total de conciencia, sino también situaciones de afectación importante de la misma que inhabiliten las facultades cognitivas y volitivas en relación a la significación del acto. Se entiende que están en esta condición las personas en estados comatosos³⁸, inconscientes producto de golpes, anestesiadas, profundamente dormidas a consecuencia de la ingesta de fármacos, hipnotizadas, en estado de embriaguez o drogadicción profunda, etc.

Por otro lado, el origen de la inconsciencia puede haberse producido voluntariamente por la víctima o bien ser provocado por el agresor o un tercero³⁹.

³⁵ Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 33; Sproviero, Juan, *op. cit.*, p. 142; Garrido M., Mario, *op. cit.*, p. 362.

³⁶ Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 199.

³⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, p.248.

³⁸ SCS 21 de septiembre de 2004 (Rol Nº 1.788 2.383- (04))

³⁹ Quedan fuera de esta hipótesis en todo caso, las situaciones en las que la víctima busca quedar en este estado para ser accedida de esta manera por que forma parte por ejemplo de un juego sexual. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, p.247.

3.2.4. Aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima (Art. 361 N° 2, segunda parte C.P.)

Esta circunstancia fue incorporada el año 1999 a nuestro Código Penal por la Ley N°19.617 y su redacción fue el resultado de distintas modificaciones que se le hicieron a la norma originalmente propuesta por el Ejecutivo⁴⁰.

Por otro lado, la modalidad fue objeto de una nueva modificación, en el año 2010, por la Ley N°20.480 que crea el delito de femicidio, eliminando de la redacción original de la norma la voz “resistencia”⁴¹.

La mayoría de la doctrina ha entendido que la modalidad se refiere exclusivamente a situaciones de incapacidad física de la víctima⁴². Los ejemplos tradicionales que se dan respecto a esta circunstancia son precisamente casos en que existe esta incapacidad, como cuando la víctima está amarrada, es tetrapléjica o se encuentra inmovilizada por cualquier causa⁴³. En todas estas situaciones el sujeto activo no requiere desplegar más fuerza que la inherente a una relación sexual.

El origen del estado en que se encuentra la víctima puede ser natural, provocado por ella, por un tercero o por el mismo agresor.

La ley exige aprovechamiento de esta circunstancia porque la fundamentación es la ausencia de voluntad, por lo tanto en el caso que la persona consiente el acto no es punible. A partir de la incapacidad física de la víctima para oponerse al acto, nos parece que encuentran cabida en esta modalidad aquellas hipótesis en las que la incapacidad proviene

⁴⁰ El mensaje original del Ejecutivo incluía esta modalidad en el numeral tercero del artículo 361, en los siguientes términos: "...3º Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir...". Luego de diversas modificaciones en la tramitación parlamentaria se le da la redacción final a esta modalidad en el numeral segundo del artículo 361. Interesa destacar como un elemento histórico de interpretación de este numeral el informe de la Comisión Mixta que enfatiza que esta modalidad alude a incapacidad corporal o mental para resistir el ataque "(...) pero tratándose de otro tipo de incapacidad para resistir, **sea física o mental** (el destacado es nuestro), debe haber un abuso o aprovechamiento de esa condición". Comisión Mixta, Sesión 19ª, 18 de Noviembre de 1998. El proyecto aprobado por la Comisión Mixta corresponde en definitiva a la redacción final de la norma: "Art. 361...2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia...".

⁴¹ Esta eliminación a nuestro juicio refuerza nuestra posición en aras de dar una interpretación más amplia a esta modalidad comisiva, sin reducirla exclusivamente a los casos de incapacidad física de la víctima para oponer resistencia.

⁴² Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, op. cit., p. 248; Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 201; Bullemore, Vivian; Mackinon, John, Curso de Derecho Penal: Parte especial, Santiago, Lexis Nexis, 2005, t. III, p.187; Aguilar, Cristián Manual de delitos sexuales: Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia, Santiago, Editorial Metropolitana, 2006, p. 20; Sproviero, Juan, op. cit., p.144.

⁴³ El diputado Bustos señala como ejemplos casos conocidos jurisprudencialmente de personas sometidas a operación quirúrgica o intervención dental y que son víctimas del delito. Ver: Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia en tercer trámite constitucional, en Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.617 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, [en línea], [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1shdk>. Por su parte, Rodríguez Collao se refiere a situaciones de disminución de la capacidad física del sujeto pasivo que pueden estar motivadas por la edad, por algún accidente o por razones estrictamente patológicas, ver Rodríguez C., Luis, op. cit, p. 201.

de la forma sorpresiva en que procede el agresor, lo que sin duda debilita la capacidad de defensa y reacción de la persona ofendida posibilitando el acceso carnal sin que concurra la voluntad de la víctima en ello. Así, creemos que las llamadas violaciones o abusos sexuales por sorpresa, que pueden darse en ciertos contextos, como por ejemplo un examen médico y que tradicionalmente han sido señalados como una situación de laguna legal en nuestro ordenamiento jurídico penal⁴⁴, encuentran cabida precisamente en esta circunstancia de comisión del delito de violación⁴⁵.

Fuera de estos casos, estimamos que la modalidad admite incluso una interpretación más amplia permitiendo incluir aquellos supuestos en que el agresor no ejerce fuerza física en la persona de la víctima, tampoco hay una amenaza de un mal grave (como lo exige la mayoría de la doctrina), no se trata de una víctima inconsciente ni que padece de una enajenación o un auténtico trastorno mental, sin embargo se encuentra en una situación de abuso sexual crónico que la ha hecho adaptarse al abuso como estrategia de sobrevivencia. Nos referimos a hipótesis de víctimas que padecen lo que se conoce como *síndrome de acomodación al abuso sexual*⁴⁶, que la pone en una situación de incapacidad psicológica para oponerse al abuso pues su voluntad para consentir en el acto se encuentra anulada⁴⁷, en una situación similar podrían estar también casos extremos de sometimiento psicológico propio de sectas⁴⁸.

La dificultad que plantea esta posición radica probablemente en el deslinde de esta circunstancia con los casos de intimidación del art. 361 N° 1 y con los de abuso de una relación de dependencia con el hechor que pueden dar lugar al delito de estupro. Creemos en todo caso, que se trata de hipótesis que pueden diferenciarse, pues acá se trata de situaciones en que no existe temor por parte de la víctima, no obstante lo cual hay una

⁴⁴ Sobre el particular véase Matus, Jean Pierre, "Abusos sexuales por sorpresa: ¿un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N° 19.617 de 12 de julio de 1999?", en *Gaceta Jurídica*, 2000, N° 243, pp.14-19.

⁴⁵ En este sentido STOP de Calama, de fecha 1° de junio de 2007, RUC 0600188547-0 y SJG de Antofagasta, RUC 0600175675-1.

⁴⁶ Este síndrome ha sido descrito por Ronald Summit, M.D. y está compuesto por cinco categorías (1) el secreto, (2) el desamparo, (3) el entrampamiento y acomodación, (4) la revelación tardía y no convincente y (5) la retractación.

⁴⁷ La Historia de la Ley N° 19.617 que introduce esta modalidad, da cuenta precisamente que en la Comisión Mixta se señaló que la incapacidad para oponer resistencia podía ser física o mental "(...) pero tratándose de otro tipo de incapacidad para resistir, **sea física o mental** [el destacado es nuestro], debe haber un abuso o aprovechamiento de esa condición". Comisión Mixta, Sesión 19ª, 18 de Noviembre de 1998.

⁴⁸ Recientemente la Corte Suprema en fallo Rol 9470-2015, de fecha 1° de septiembre de 2015, rechaza recurso de nulidad interpuesto por la parte querellante en un caso de abuso sexual por parte de un juez en que se alega justamente errónea aplicación del derecho por no considerar la imposibilidad psicológica de la víctima para oponerse considerando la investidura del agresor, sin embargo se sostiene que ello se debe a que no se acompañaron antecedentes suficientes que permitiesen probar tal condición, en cambio el voto disidente del Ministro Haroldo Brito y el abogado integrante Jean Pierre Matus estuvieron por acoger el recurso sosteniendo precisamente que la incapacidad para oponerse puede ser no sólo de carácter físico sino que también psicológico.

verdadera anulación de su voluntad que también la hace incapaz de oponerse al acceso carnal⁴⁹.

3.2.5. Abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima (Art. 361 Nº 3 C.P.)

La redacción anterior de esta circunstancia transformaba a las personas que padecían de enfermedades mentales en sujetos intocables, por lo mismo se incorporó la exigencia de abuso, de manera que estas personas puedan mantener actividad sexual con otras en la medida que no se trate de un contexto abusivo⁵⁰.

Las expresiones que utiliza la norma actual parecen referidas a casos de disfunción de procesos psíquicos que en la mayor parte de los casos tienen un carácter permanente, aún cuando podría tratarse de situaciones de carácter transitorio⁵¹ ⁵², lo importante es que atendida su intensidad impiden a la víctima entender el significado del acto sexual⁵³.

El concepto de enajenación o trastorno mental parece mejor que el término privación de razón. Sin embargo, respecto a su delimitación éste no es enteramente igual al del artículo 10, Nº 1 del Código Penal, pues dice relación no con la capacidad de distinguir entre lo justo y lo injusto del actuar, sino que con la falta de libertad sexual porque el sujeto es incapaz de entender la naturaleza y significado del acto sexual, incluiría sin embargo, a nuestro juicio, las mismas patologías que se encuadran en el concepto de loco o demente, por ejemplo, trastornos psicóticos, retardos mentales profundos y graves, etc.

Debe acreditarse la patología y su carácter lesivo de la capacidad abstracta de obrar en materia sexual, siendo deseable que se verifique la presencia de esa incapacidad en razón del prevalimiento (abuso) que se exige, de otra manera resulta difícil decir que se ha

⁴⁹ Véase Santibáñez T., María Elena, "Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 15, 2013, pp. 43-60.

⁵⁰ "La anterior disposición, implicaba para la mujer privada de razón una suerte de prohibición a lo menos indirecta, de ejercitar la sexualidad en forma compartida (...) Es precisamente esta exigencia, la de abusar de esta circunstancia, la que va a permitir al enajenado relacionarse sexualmente, sin riesgo de que su pareja incurra en responsabilidad criminal, salvo si conoce el estado de aquél y se prevalece de ello". Ver: Primer trámite constitucional. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Historia de La Ley Nº19.617.

⁵¹ "Se produce un «trueque» entre «privada de razón» y «enajenación». La expresión privada de razón sugería no pocas dificultades de cara a depurar su significado, ya que para muchos era sinónimo de enfermedad mental a secas. Por enajenación, en cambio, ha de entenderse el estado de inimputabilidad en que se encuentra una persona substancialmente, pero no necesariamente, a raíz de una enfermedad mental". Ver: Primer trámite constitucional. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Historia de La Ley Nº19.617.

⁵² "El añadido del trastorno tiene por objeto cubrir otras situaciones de perturbación de la capacidad de autodeterminación sexual. El Ministerio de Justicia manifestó que entendía comprendidos los casos de embriaguez etílica, el efecto de estupefacientes, enfermedad u otras causas similares idóneas para hacer perder a la persona el dominio de sus actos y hacerla ajena a sí misma, sea en forma transitoria o sostenida en el tiempo". Ver: Tercer trámite constitucional del proyecto, Historia de La Ley Nº19.617.

⁵³ Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 203.

abusado de la enajenación o trastorno si éstas no se materializan en la inhibición de la capacidad de consentir en la realización del acceso carnal.

3.2.6. Víctima menor de catorce años (Art. 362 C.P.)

Como ya se ha señalado la ley ha fijado en catorce años la edad para prestar consentimiento, de manera que cualquier acceso carnal con una persona menor de esa edad es constitutivo de violación aún cuando no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo 361. El consentimiento que el menor de catorce años pueda prestar es irrelevante, sin perjuicio de lo señalado por la regla especial para delitos sexuales a la que nos referimos con anterioridad. A contrario sensu, se presume la libre voluntariedad de la persona mayor de catorce años en la realización de la cópula, debiendo acreditarse la presencia de alguna de las circunstancias del artículo 361 para que exista delito.

Al igual que en todos los delitos dolosos debe comprobarse el conocimiento por parte del autor de los elementos integrantes del tipo penal, en este caso en particular el autor debe saber que está accediendo carnalmente a una persona menor de catorce años, siendo suficiente a nuestro juicio que se represente esta posibilidad y la acepte en su voluntad, es decir que en cuanto a la edad de la víctima bastaría el dolo eventual del autor.

Desde un punto de vista político criminal nos parece que el límite de edad que se ha fijado debería ser objeto de un análisis más detenido y más adecuado con las características etarias de nuestra sociedad, distinguiendo tal vez entre hombres y mujeres.

IV. Delito de estupro

Este tipo penal ha sufrido modificaciones sustanciales transformándose en uno completamente distinto al original. Si bien se trata de una figura de menor aplicación en relación al resto de los delitos sexuales tradicionales - probablemente entre otras causas por los límites etarios que deben tener los sujetos pasivos del mismo - sus circunstancias comisivas sirven muchas veces para la calificación del delito de abuso sexual, de manera que por esa vía tiene bastante aplicación.

Nos referiremos en primer lugar a las modificaciones que ha experimentado este tipo penal para luego analizarlo brevemente.

4.1. Principales modificaciones experimentadas por el delito

El delito de estupro se encuentra recogido en el artículo 363 de nuestro Código Penal desde su dictación, tratándose además de uno de los delitos sexuales de más antigua data. Su formulación original no describía la conducta y se asociaba a conceptos hoy en día

completamente obsoletos, como la doncellez de la víctima. No obstante ello, se entendía que el delito se refería a accesos carnales obtenidos mediante engaño de jóvenes mujeres ignorantes o carentes de experiencia sexual.

Hasta la promulgación de la Ley N°19.617 ya mencionada, el estupro no tuvo mayores modificaciones, salvo las relativas a la edad de la víctima, cuando se rebajó de 21 a 18 años la mayoría de edad y a la pena asociada a la misma⁵⁴. Con esta normativa en cambio se transformó completamente el tipo penal ampliándolo muchísimo y despojándolo de las consideraciones morales que tenía aparejado el uso del adjetivo “doncellez”.

De esta forma se describió la conducta del mismo modo que la violación, restringiendo la edad de la víctima al rango entre los 14 y los 18 años de edad, quien puede ser hombre o mujer indistintamente.

Al mismo tiempo el delito pasó a tener cuatro modalidades de comisión, caracterizándose todas ellas por la existencia de una situación abusiva del sujeto activo respecto de la víctima, lo que evidencia en todos los casos la existencia de un consentimiento viciado que es precisamente lo que tiñe de ilicitud la conducta.

Con posterioridad la Ley N° 19.927 también le introduce modificaciones, pero en este caso los cambios sólo se refieren a un incremento en la penalidad del delito y al aumento en el rango inferior de la edad del sujeto pasivo que, en concordancia con lo que sucede en el delito de violación, se eleva de 12 a 14 años⁵⁵.

4.2. Características y modalidades comisivas del delito

En cuanto a la conducta ella es igual que en el delito de violación por lo que le son aplicables todas sus características, que damos por reproducidas. La diferencia fundamental con ese delito viene dada por sus modalidades comisivas, de manera que nos centraremos en ellas.

4.2.1. Abuso de una anomalía o perturbación mental de la víctima (Art. 363 N° 1 C.P.)

⁵⁴ Ver: Chile, Ley N° 19.221, establece mayoría de edad a los 18 años y modifica cuerpos legales que indica. Publicada en Diario Oficial de 01 de junio de 1993. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1md23>

⁵⁵ El delito actualmente se encuentra regulado de la siguiente manera:

“Art. 363: Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

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

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

La diferencia con la modalidad tercera del delito de violación es de entidad o intensidad, por lo tanto deberá acreditarse en el caso concreto si nos encontramos frente a esta hipótesis o la de enajenación o trastorno mental, lo que sin duda quedará entregado en manos de los peritos psiquiatras o psicólogos que concurren al juicio.

Generalmente esta anomalía o perturbación mental dice relación con víctimas que padecen de retardo mental moderado o leve, en cambio tratándose de retardos mentales profundos o graves la conducta se desplaza hacia la violación.

Nos parece que la perturbación mental puede provenir también de causas exógenas, asociadas por ejemplo al consumo de fármacos o de ciertas drogas, así como ciertas perturbaciones asociadas a diagnósticos psiquiátricos propios de los adolescentes.

Lo importante es que el estuprador debe conocer la condición de la víctima y querer aprovecharse de la misma, precisamente eso es lo que le da el carácter delictivo a su conducta.

4.2.2. Abuso de la relación de dependencia de la víctima (Art. 363 Nº 2 C.P.)

Ésta es la más común de las causales de estupro y supone ciertas relaciones de subordinación y dependencia de la víctima con el agresor. Hay absoluto consenso en que la enumeración de estas relaciones efectuada por el legislador, es meramente ejemplar, de modo que se pueden encontrar otras hipótesis delictivas distintas a las señaladas si se trata de situaciones similares a las descritas.

En cuanto al tipo de relación existente con la víctima, puede consistir en relaciones de cuidado, educación o custodia con ella, de carácter laboral, guía espiritual como el sacerdocio u otras semejantes. No se requiere un vínculo de parentesco o la existencia de un contrato, basta que de hecho se den estas circunstancias.

Muchos de estos casos pueden deslindar con la modalidad de la intimidación propia de la violación, sin embargo, se trata de situaciones de menor entidad que aquella, en que existe consentimiento de la víctima pero éste se encuentra viciado.

4.2.3. Abuso del grave desamparo de la víctima (Art. 363 Nº 3 C.P.)

Se trata de casos de necesidad o carencia de la víctima que la ponen en una posición de especial vulnerabilidad. Hay consenso en que el delito se refiere a casos de cierta gravedad, de forma que tal que el desamparo resulte condicionante para la víctima al momento de consentir en el acceso carnal. La entidad del desamparo es un elemento normativo del tipo que deberá ser determinado por los jueces.

Probablemente esta circunstancia es la que tradicionalmente resulta más difícil de acreditar, pues no basta con la mera constatación de una situación de desamparo, sino que debe comprobarse un aprovechamiento de la situación señalada.

En esta hipótesis probablemente se encuentren los adolescentes que se prostituyen, sin embargo muchas veces es difícil probar los elementos de esta causal de estupro. En todo caso, aunque no logre acreditarse respecto de ellos esta circunstancia existe el delito que sanciona al cliente de prostitución infantil, de manera que siempre su conducta será constitutiva de delito una vez acreditada la obtención del servicio sexual por parte del mismo.

4.2.4. Engaño de la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (Art. 363 N° 4 C.P.)

El engaño debe recaer sobre la significación y trascendencia del acto sexual y supone por otro lado ciertas características de la víctima, ignorante o inexperta en este ámbito, para que efectivamente pueda ser engañada.

Por las características de esta modalidad tal vez sea la única en que se justifica la mantención del límite de edad del tipo penal, tratándose de las otras en cambio creemos que no se justifica esta limitación y que el legislador debiese proteger a las personas que se encuentran en estas situaciones de especial vulnerabilidad sin distinción de edad, con tal de que se prueben las circunstancias de prevalimiento (abuso) grave que vician la voluntad de la víctima.

V. Delito de abuso sexual

Aun cuando aparentemente no se trata del delito más grave dentro de los delitos sexuales, aunque algunas de sus formas tienen la misma penalidad del delito de violación, se trata en todo caso del delito sexual de mayor ocurrencia en nuestro país. Debe considerarse además, desde una aproximación más empírica, que este delito es el que ofrece mayores dificultades probatorias, ya que, por regla general, se realiza privadamente, sin testigos y no deja huellas físicas⁵⁶.

Para efectos de su análisis nos aproximaremos en primer lugar al concepto de *abuso sexual* para luego referirnos al delito propiamente tal, su evolución y sus principales características.

⁵⁶ La dificultad probatoria se traduce en la práctica que la mayoría de estos casos se resuelvan sólo a partir del testimonio de la víctima y, dependiendo de la edad de la misma, de la pericia de credibilidad de relato que se le practique. Esto explica el alto porcentaje de casos de esta clase que no son llevados a juicio oral y el nivel mayor de absoluciones en estos delitos si se lo compara con el resto de la criminalidad.

5.1. Concepto de abuso sexual

En términos generales el significado del concepto de abuso sexual supone una situación de aprovechamiento, de sometimiento de una persona al poder que sobre ella ejerce otro individuo al hacerlo participar en un contexto sexual no deseado, cuyo contenido puede ser sumamente amplio, incluyendo hipótesis de acceso carnal, tocaciones impúdicas u otras conductas semejantes. Por otro lado, el carácter abusivo de la conducta no necesariamente viene dado por la falta de voluntad del sujeto pasivo, sino que de la aptitud corruptiva de la conducta, en el sentido de su capacidad para lesionar la integridad física, psíquica o emocional de la persona en contra quien se dirige⁵⁷.

Desde un punto de vista jurídico el significado del delito de abuso sexual y de su predecesor, el delito de abuso deshonesto, se identifica en ciertas legislaciones con la totalidad de la criminalidad sexual, sin distinguir el tipo de acto de que se trata⁵⁸. No obstante, la mayoría de las legislaciones tiende a circunscribir el concepto sólo para cierto tipo de criminalidad sexual, así por ejemplo, en España lo más importante para definir el delito es la ausencia de consentimiento de la víctima unido al no empleo de violencia por parte del agresor, con independencia de la naturaleza misma del acto sexual de que se trata⁵⁹. En otras legislaciones, como la nuestra, el concepto de abuso sexual se opone al acceso carnal o cópula sexual, circunscribiéndose a aquellas hipótesis de involucramiento de un individuo en un contexto sexual, distinto al acceso carnal y sin su consentimiento, con independencia del empleo de violencia⁶⁰, la que en ciertos casos sólo podrá considerarse para efectos de agravar la pena⁶¹.

5.2. Principales modificaciones experimentadas por el delito

⁵⁷ En este sentido el concepto de abuso no puede identificarse con el de agresión sexual, más bien vinculado con el empleo de violencia. Ver: Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 242.

⁵⁸ Así es utilizado el concepto de abuso deshonesto por el Código Penal Español de 1822. Éste cambia con el Código Penal Español de 1848, que distingue entre las conductas de acceso carnal, que dan lugar a los delitos de violación y estupro y las figuras subordinadas de abusos deshonestos. Ver: Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 238. En el caso de Alemania se considera también el concepto de abuso sexual como género y la violación como una especie de abuso (art. 176, I y III).

⁵⁹ El Código Penal español de 1995 establece nítidamente la distinción del concepto de abuso con el de agresión, organizando las infracciones sexuales en torno a las categorías de agresión sexual, abuso sexual y acoso sexual, entendiendo el concepto de abuso como “cualquier actividad lúbrica impuesta a la víctima por medios no violentos o intimidativos” y siempre que la conducta del hechor supere los límites de la figura del acoso. Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 240.

⁶⁰ En este mismo sentido se encuentra la legislación francesa que distingue actualmente entre la violación, otros actos distintos del acceso carnal y el acoso sexual.

⁶¹ Puede ser considerada en la extensión del mal causado del artículo 69 del C.P., salvo que por sí misma sobrepase los límites del tipo penal de abuso sexual y pueda estimarse como un delito de lesiones graves, caso en el cual entran en concurso.

La conducta en que consiste este delito era recogida hasta el año 1999 por el delito de abusos deshonestos, que castigaba a quien abusaba deshonestamente de otra persona, es decir, su delimitación típica quedaba enteramente en manos del juez sin que el legislador le entregase algún criterio para determinar que clase de conductas debían incluirse en el delito, más que la alusión al carácter deshonesto de las mismas. De esta manera se trataba de uno de los delitos más criticados por la doctrina y solía ponerse como ejemplo de vulneración al principio de alta determinación de los tipos penales, al que aspira el derecho penal moderno.

A partir de la Ley N° 19.617 cambia el nombre del delito al de abuso sexual, aunque no en forma expresa en el Código Penal, pero es la denominación con la que se le conoce a partir de las descripciones de las conductas típicas contenidas principalmente en los artículos 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal.

Las modificaciones que experimenta el delito son sustanciales, pues ahora se establecen ciertos criterios de determinación de la conducta indicando que la conducta en que consiste debe ser un acto de significación sexual y de relevancia que afecte corporalmente a la víctima, ya sea mediante contacto físico o afectación de genitales, ano o boca.

Por otro lado, la Ley N° 19.927 además de aumentar las penas de este delito, incrimina en forma independiente una forma de abuso sexual de especial gravedad, la contenida en el artículo 365 bis del C.P., que pasa a tener una pena igual a los delitos de violación o estupro según las circunstancias.

La modificación más reciente experimentada por este tipo penal incorporó al delito de abuso sexual impropio, regulado en el artículo 366 quáter del C.P., la figura del llamado delito de *grooming*, el año 2011.

5.3. Tipos penales que comprende el delito de abuso sexual

El delito de abuso sexual comprende diferentes figuras delictivas. Así, una gran clasificación que atiende a si existe o no afectación corporal de la víctima permite distinguir entre el abuso sexual propio o directo, regulado en los artículos 365 bis y siguientes y el impropio o indirecto descrito en el artículo 366 quáter, esta última figura también se ha denominado exposición de menores a actos de significación sexual⁶² y corresponde al antiguo delito de corrupción de menores.

⁶² Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, op. cit.,

Por su parte el abuso sexual propio contempla una figura simple y una calificada, la primera está regulada en los artículos 366⁶³ y 366 bis⁶⁴, distinguiendo en uno u otro caso si se trata de abuso sexual contra una persona mayor o menor de 14 años⁶⁵ y la segunda en cambio se tipifica en el artículo 365 bis⁶⁶.

En todos estos casos, de acuerdo al concepto que recoge el artículo 366 ter⁶⁷, la conducta consiste en la realización de actos de significación sexual y relevancia que afectan corporalmente a la víctima sin que concurra el consentimiento de esta última; en el caso del tipo penal calificado del art. 365 bis la conducta de significación sexual y relevancia consiste específicamente en la introducción de objetos por alguna de las vías de acceso especificadas para el delito de violación o la utilización de animales en ello.

5.3.1. Abuso sexual propio o directo

La conducta en la que consiste este delito, como ya se ha señalado, se encuentra descrita por la ley, utilizando para ello elementos de carácter descriptivo y normativo.

Son elementos de carácter descriptivo la exigencia de contacto corporal con la víctima o la afectación de genitales, ano o boca de la misma y la naturaleza de la conducta de ser distinta al acceso carnal, aun cuando el carácter de descriptivo de esta última puede resultar más discutible. En cambio cuando se refiere a la significación sexual y la relevancia que debe tener el acto, está echando mano de elementos de carácter normativo.

Sin perjuicio que la interpretación que se dé a los elementos normativos del tipo es la que ofrece mayores dificultades, no podemos dejar de señalar algunas dificultades

⁶³ “Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de 14 años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

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

⁶⁴ “Artículo 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

⁶⁵ A partir de la Ley Nº 19.927 ya no se hace distinción en la pena tratándose de personas que pueden prestar consentimiento (mayores de catorce años), si las circunstancias que concurren son las de la violación o el estupro, distinción que sí había efectuado el legislador de la Ley Nº 19.617. En este sentido tratándose de las circunstancias de la violación parece existir un plus en el disvalor de la conducta que no queda reflejado en la pena del delito.

⁶⁶ “Artículo 365 bis. Si la acción sexual consintiere en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;

2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de 14 años, y

3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años”.

⁶⁷ “Artículo 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

interpretativas que también presentan los elementos descriptivos del delito y que sirven para el adecuado entendimiento de los demás elementos.

5.3.1.1. Elementos descriptivos

a) Acción sexual distinta al acceso carnal

La conducta o acción sexual realizada debe ser distinta al acceso carnal. En este sentido se utiliza la técnica de la subsidiariedad expresa, de manera que el delito es residual y tiene lugar cuando no se den las conductas más graves de significación sexual, como lo son los accesos carnales vía vaginal, anal o bucal, que son constitutivos de los delitos de violación o estupro.

Este requisito que aparentemente es fácil de determinar, al interpretarse de manera literal deja fuera hipótesis de acceso carnal no constitutivo de violación o estupro, como aquellos casos en que el agresor lo que hace es hacerse acceder por la víctima y no ejecutar la conducta activa de penetrar o acceder carnalmente.

La consecuencia señalada parece impensable si consideramos que el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados sexuales. Por lo mismo, y a efectos de evitar la existencia de esta laguna de punibilidad, consideramos que la exigencia del tipo penal debe circunscribirse a las hipótesis de acceso carnal distintas de las constitutivas de violación o estupro, aún cuando la redacción legal no efectúa esa distinción.

De acuerdo a la posición señalada, que por lo demás es la absolutamente mayoritaria en la jurisprudencia⁶⁸, no todos los accesos carnales quedan fuera del campo de aplicación del delito de abuso sexual, sino sólo aquellos que son captados por los tipos penales más graves de violación y el estupro.

b) Afectación corporal de la víctima

La reforma legal del año 1999 optó por incorporar la descripción de la conducta de significación sexual, señalando que debe existir contacto corporal con la víctima o afectación de sus genitales, ano o boca⁶⁹.

No obstante ello, se ha criticado bastante la incorporación de este elemento en el tipo penal, ya que parece ser suficiente con la exigencia de que la conducta tenga connotación sexual

⁶⁸ Existen muchos pronunciamientos de los tribunales tratándose de conductas en que mujeres se hacen acceder por varones (principalmente niños) que califican la conducta como constitutiva precisamente de abuso sexual, aun cuando nos encontramos frente a accesos carnales.

⁶⁹ La descripción de la conducta constituye una novedad frente a otras legislaciones en las que la necesidad de contacto físico es un requisito exigido por los autores, pero no un requerimiento legal. En este sentido encontramos el Código Penal español de 1989 y el de 1995.

y sea relevante, de manera que podría perfectamente prescindirse de esta descripción conductual⁷⁰.

La acción de significación sexual puede consistir en un contacto físico o roce efectivo con el cuerpo de la víctima, sin que sea necesario que la víctima esté desnuda o que haya un roce con su piel⁷¹ o mediante la afectación directa de sus genitales, ano o boca⁷².

5.3.1.2. Elementos normativos

La significación sexual de la acción, así como la relevancia de la misma constituyen elementos normativos del tipo de carácter cultural, que por lo mismo requieren para su determinación de un juicio de valor, que deberá efectuar el juzgador. El sentido que éste le dé a cada uno de estos elementos normativos va a determinar qué conductas quedarán cubiertas por la figura típica y cuáles no.

Ambos elementos normativos del tipo suponen presupuestos distintos, aunque relacionados, que deberán ser fundamentados de manera separada por el juzgador a efectos de estimar acreditada la existencia del delito.

La utilización de elementos normativos, en especial los de carácter cultural, introducen cierta indeterminación a los límites típicos. De esta manera respecto de ciertas conductas existe consenso de su significación sexual y relevancia pero existen otras que llamaremos "límites", que quedan en una especie de limbo, pues su significación sexual o relevancia no pueden ser afirmadas de manera categórica, piénsese por ejemplo en los besos o en tocaciones efectuadas en zonas del cuerpo cuya significación sexual es dudosa.

a) Significación sexual de la conducta

Aún cuando ambos elementos normativos tienden a ser invocados de manera conjunta, parece ser que es la determinación de la significación sexual de la conducta, la que genera mayor discusión doctrinaria y jurisprudencial. La posición tradicional, que llamaremos en adelante subjetiva, es representada por destacados autores nacionales y extranjeros y aboga por exigir en el autor la existencia de un ánimo lascivo para entender que el acto tiene significación sexual. De acuerdo a esta posición conductas aparentemente iguales van a ser atípicas en un caso por la ausencia de ánimo libidinoso, como la exploración

⁷⁰ Es precisamente esa la opción que toma el Anteproyecto de Código Penal, elaborado por el Foro Penal el año 2005.

⁷¹ Sobre la posibilidad de que el contacto sea sobre la ropa de la víctima ver SCA de Punta Arenas de 16 de junio de 1989 en Gaceta Jurídica N°108, p. 90.

⁷² La incorporación de la boca fue objeto de mucha discusión al momento de legislar, ya que existían temores fundados de una ampliación excesiva del tipo penal, sin embargo, la correcta inteligencia de la norma debe llevarnos a interpretarla en conjunto con el resto de los elementos del tipo penal, significación sexual y relevancia, de esta manera quedarían dentro del ámbito típico sólo aquellos casos más graves tratándose de esta zona erógena.

genital que hace un médico, y constitutivas de delito en aquellos casos en que el ánimo que mueve al sujeto es de carácter lascivo⁷³.

En esta materia nos inclinamos más bien por una posición objetiva, que atiende a la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, según los cánones vigentes en la comunidad de que se trate o la sola circunstancia de que hayan intervenido genitales de la víctima o del agresor⁷⁴.

La connotación sexual exigida por la ley lo es de la conducta, por lo tanto no es necesario que el autor haya actuado motivado por la finalidad de satisfacer sus apetitos sexuales, sino que objetivamente el acto realizado corresponda a uno de aquellos a los que la comunidad le otorga significación sexual, de esta manera aun cuando el médico practique un examen ginecológico motivado por su instinto sexual, ese acto, mientras se siga manteniendo en el contexto de un examen médico no pierde dicha connotación y objetivamente no tiene significación sexual, sea cual fuere el ánimo del facultativo, cuestión que por lo demás suele quedar en su fuero interno.

b) Relevancia de la conducta

Existe cierto consenso que la relevancia de la conducta, aún cuando gire en torno a la misma idea de significación sexual del acto, es un requisito distinto⁷⁵. Tampoco puede estar vinculado a la exigencia de ciertas modalidades comisivas como el empleo de violencia o intimidación⁷⁶ o a la necesidad de resistencia de la víctima.

La sola connotación sexual del acto no es suficiente para que nos encontremos en presencia de un delito de abuso sexual, es necesario que la conducta sea grave, que afecte efectivamente la integridad sexual de la víctima, que es el bien jurídico protegido por este delito. Pues, como señala Rodríguez Collao *“no se trata de que el acto sea relevante por el solo hecho de tener una connotación venérea, sino que ha de revestir una cierta importancia o gravedad dentro del conjunto de los comportamientos de esa misma índole”*⁷⁷.

La relevancia dice relación entonces con la gravedad de la conducta desplegada por el agente, pues no se trata de proteger simples molestias a un sujeto o atentados contra

⁷³ En este sentido, entre otros: Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, op. cit., p. 258; Guzmán D., José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, Número 1999-2000, p. 161; Garrido M., Mario, op. cit., p. 400.

⁷⁴ En este sentido Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 249; Bascuñán V., Antonio, El delito de abusos deshonestos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 78; Cox Leixelard, Juan Pablo, Los abusos sexuales: Aproximación dogmática, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 133.

⁷⁵ Esta posición más bien es sostenida en España. Ver: Díez Ripollés José Luis, La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Barcelona, Bosch, 1985, p. 128.

⁷⁶ La modalidad comisiva será considerada para efectos de configurar el delito, por lo que no puede ser considerada de nuevo para efectos de determinar la relevancia de la conducta porque sería violación al principio non bis in idem.

⁷⁷ Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 252

bienes jurídicos distintos, sino que atentados graves contra la integridad sexual de una persona.

Para efecto de determinar la gravedad del acto ejecutado, tendrán especial importancia las particulares características de la víctima como por ejemplo su edad⁷⁸ o sus propias valoraciones culturales. Por lo mismo, en materia probatoria serán fundamentales los informes periciales de daño que se practiquen a la misma.

5.3.1.3. Figura básica de abuso sexual

Se trata de la conducta que ya se ha descrito en los apartados precedentes, la que siempre será constitutiva de delito tratándose de víctimas menores de 14 años, a menos que se trate de la situación especial regulada en el art. 4º de la Ley N° 20.084, ya referida a propósito del delito de violación.

En el caso, en cambio, de ofendidos mayores de 14 años, se requiere la concurrencia de las circunstancias propias de la violación o también las del estupro si se trata de un menor de 18 años, sin que exista diferencia de pena en uno u otro caso.

5.3.1.4. Figura calificada de abuso sexual

Se trata de las conductas de significación sexual consistentes en introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal o la utilización de animales en ello, las que el legislador considera portadoras del mismo disvalor que los delitos de violación o estupro en su caso. El fundamento de esta figura calificada es el carácter particularmente lesivo de las conductas en que consiste y, tratándose de la segunda ellas, el carácter especialmente denigrante para la víctima de la misma, de tal manera que parece ser considerado con especial énfasis el valor de la dignidad humana. Tal vez se pudo echar mano de una figura calificada o de una agravante especial más genérica que enfatizara las características vejatorias de la conducta para la víctima, sin necesidad de efectuar una descripción tan detallada de las mismas, puesto que también ello conlleva que queden fuera otras hipótesis igualmente lesivas.

Las dos conductas de esta figura calificada tienen en común el traspaso de límites corporales de la víctima por las mismas vías que, en el caso de introducción peneana, dan lugar a los delitos de violación o estupro. Esta característica permite también explicar la mayor penalidad de las mismas.

⁷⁸ Una misma conducta puede tener mayor lesividad, atendida su potencialidad corruptiva, respecto de un sujeto de menor edad.

5.3.2. Abuso sexual Impropio o Indirecto

El abuso sexual impropio, también conocido como exposición de menores a actos de significación sexual, se encuentra regulado en el artículo 366 quáter del Código Penal. Este artículo fue agregado al C.P. por la Ley N° 19.617 incorporando tres conductas de abuso sexual impropio y la producción de material pornográfico infantil, sin embargo, esta última conducta es regulada como un tipo penal autónomo a partir de la Ley N° 19.927⁷⁹.

La última modificación que experimentó esta norma fue en el año 2011 cuando se incorpora a su descripción típica lo que se ha denominado *grooming* junto a otras modificaciones que analizaremos⁸⁰.

5.3.2.1. Características del delito

Se trata de un delito de carácter residual respecto al resto de los delitos analizados, de manera que sólo sabremos si estamos en presencia del mismo una vez descartados los delitos sexuales de mayor gravedad. La conclusión anterior puede extraerse del propio articulado de la ley, al señalar que el sujeto activo no debe haber realizado una acción sexual en los términos de las disposiciones anteriores.

No obstante tratarse de una figura residual, sin duda que puede apreciarse el carácter lesivo de las conductas sancionadas específicamente para el bien jurídico indemnidad o integridad sexual de los menores de edad, considerando el poder corruptivo de las mismas, puesto que pueden dañar el normal desarrollo en el plano psíquico, afectivo o emocional del menor afectado por las mismas⁸¹.

⁷⁹ La Ley N° 19.927 incorpora el delito de producción de material pornográfico en el artículo 366 quinquies del C.P., sin embargo con anterioridad a ello, la Ley N° 19.846 de 4 de Enero de 2003, había trasladado esta conducta a la Ley sobre Calificación de la producción cinematográfica. Ver: Chile, Ley N° 19.846, sobre calificación de la producción cinematográfica. Publicada en Diario Oficial de 04 de enero de 2003. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mv2l>

⁸⁰ Actualmente la redacción del delito es la siguiente:

“Art. 366 quáter: El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.

Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado”.

⁸¹ SCS de 7 de agosto de 2008, Rol 5576-2007, Legal Publishing N° 39792.

Se trata de un tipo penal con pluralidad de hipótesis conductuales y no de delitos autónomos, cuyas principales características son la falta de aproximación corporal entre el autor y la víctima, que no se atenta contra la disponibilidad del propio cuerpo de la víctima y que se trata de conductas de gravedad análoga⁸².

5.3.2.2. Conductas constitutivas de este delito

Existen cuatro hipótesis señaladas por el legislador, dos de ellas tienen una pena un poco mayor pues se trata de acciones de determinación del menor a realizar ciertos actos de significación sexual, a diferencia de las otras que suponen más bien una actitud pasiva de la víctima. Las conductas señaladas por el legislador son las siguientes:

- a) Realizar acciones de significación sexual ante una persona menor de edad. Deben entenderse estas acciones en el mismo sentido que las señaladas en el apartado sobre abuso sexual propio.
- b) Hacer ver o escuchar material pornográfico a un menor de edad o presenciar espectáculos de esta naturaleza⁸³. El concepto pornográfico escapa al de pornografía infantil y más bien hace referencia al carácter obsceno del material, para lo cual se atiende al contenido sexual explícito del mismo.
- c) Determinar a un menor de edad a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro. En particular respecto a esta circunstancia debe descartarse la posibilidad de comisión de un delito sexual de carácter más grave sobretodo si se hace intervenir a terceras personas además del menor, de manera que la hipótesis más clara parece ser el obligar al menor a efectuar actos masturbatorios.
- d) Determinar a un menor de edad a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de un menor de 14 años, con significación sexual⁸⁴. En esta hipótesis nos parece que el material que se entrega puede ser considerado material pornográfico infantil de acuerdo al artículo 366 quinquies del C.P.

El legislador atiende a la edad a fin de diferenciar la pena aplicable al sujeto activo, esto es, si se trata de un menor de 14 años o un menor de edad mayor de 14 años. En este último caso, para que se configure el delito es necesario que concurra fuerza o intimidación

⁸² Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 269.

⁸³ La conducta asociada a presenciar espectáculos de carácter pornográfico fue incorporada por la Ley N° 19.927.

⁸⁴ Esta conducta es la que se conoce como "child grooming" y fue introducida en nuestro C.P. por la Ley N° 20.526 de 13 de agosto de 2011.

(artículo 361 N° 1), alguna de las circunstancias del artículo 363 o amenazas en los términos del delito del mismo nombre⁸⁵.

El análisis de las modalidades de comisión que anulan el consentimiento de los menores de edad, mayores de 14 años, tratándose de este delito, permite evidenciar una laguna legal tratándose de las otras modalidades del artículo 361, muy particularmente los casos en que están incapacitados para oponerse al delito, que es la circunstancia descrita en el art. 361 N° 2, segunda parte, cuyo alcance ya fue desarrollado en apartados anteriores.

A diferencia de los delitos anteriores además del dolo propio de todo delito doloso, hay una exigencia a un ánimo o elemento subjetivo especial, que es la finalidad perseguida por el autor de este delito, esto es procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, conocido como ánimo lascivo, que en este caso, a diferencia a nuestro juicio de lo que ocurre en el resto de los delitos sexuales incluido el de abuso sexual propio, es exigido por el delito. De esta manera si no logra comprobarse el ánimo, no se perfecciona la faz subjetiva del tipo penal y decae en atípico. Por otro lado, la exigencia de este ánimo supone que el autor actúa motivado por el sin que ello signifique necesariamente que deba ser satisfecho.

Es importante tener en consideración atendido el carácter subsidiario de este delito que pueden presentarse problemas concursales con otros delitos sexuales, los que normalmente serán más bien de carácter aparente siendo absorbidas estas conductas por los ilícitos sexuales de mayor gravedad⁸⁶.

Por otro lado, es importante tener en consideración respecto de este delito así como del resto de los delitos sexuales, que puede considerarse como figura residual a los mismos la falta de ofensas públicas al pudor contenida en el artículo 495 N°5 del C.P., que sanciona al que *“públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos”*.

VI. Algunas reglas generales aplicables a estos delitos

6.1. Agravantes especiales

Los delitos sexuales en general contemplan una serie de agravantes de responsabilidad penal que son especiales respecto de las genéricas contenidas en el artículo 12 del C.P. Ello porque están expresamente reguladas para estos delitos como es el caso de la alevosía - que, de acuerdo al mismo artículo 12, sólo es aplicable respecto de delitos contra

⁸⁵ La amenazas fueron incorporadas como una forma de anular el consentimiento del menor por la misma Ley N° 20.526.

⁸⁶ En este sentido SCA Rancagua, de 3 de noviembre de 2004, Rol N°220.712

las personas pero, por disposición del artículo 368 bis⁸⁷, también puede concurrir en estos delitos - o la de ser dos o más los autores del delito⁸⁸. Cabe señalar que estas circunstancias parecen tener la misma fundamentación, cual es la mayor indefensión de la víctima, por lo que serían incompatibles entre sí⁸⁹.

Junto a estas circunstancias está la agravante más importante de estos delitos, contenida en el artículo 368 del C.P.⁹⁰, aplicable en términos generales a ciertos sujetos investidos de alguna autoridad o dignidad especial o que están a cargo del ofendido, trabajan en establecimientos educacionales o están encargados del transporte escolar de los mismos. Esta agravante tiene una doble particularidad, en primer lugar contiene un efecto agravatorio muy superior al de las agravantes genéricas del artículo 12, pues excluye el grado mínimo del delito o su mitad inferior si consta de un grado y además forma parte de un grupo de circunstancias modificatorias especiales que se comportan de forma similar a las calificantes, aplicándose en primer lugar al momento de la determinación de la pena, es decir, concurre respecto de la pena en abstracto, antes del juego normal que se efectúa entre agravantes y atenuantes.

6.2. Prescripción de estos delitos

No hemos querido dejar de incluir en este breve comentario general de los delitos sexuales tradicionales la norma contenida en el artículo 369 quáter del C.P. que establece un plazo de prescripción especial para los menores de edad víctima de estos delitos⁹¹, estableciendo que respecto de ellos este plazo comienza a correr recién al momento en que alcancen la mayoría de edad.

⁸⁷ Este artículo fue incorporado por Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010.

⁸⁸ "Art. 368 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes:

1°. La 1ª del artículo 12.

2°. Ser dos o más los autores del delito."

⁸⁹ Santibáñez T., María Elena; Vargas, Tatiana, "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)" en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, abril 2011, pp. 193-206.

⁹⁰ "Art. 368. Si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible. La misma regla se aplicará a quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad con ocasión de las funciones que desarrolle, aun en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título.

Exceptuánse los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza".

⁹¹ "Artículo. 369 quáter- En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años". Esta norma fue creada por la Ley N° 20.207 de 31 de agosto de 2007.

De esta manera, conviven dos plazos de prescripción en estos delitos según quien sea la persona que está entablando la acción penal. Lo que trae bastantes dificultades de interpretación respecto a una serie de instituciones de carácter procesal penal como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar salidas anticipadas o de decretar sobreseimiento de la causa y, también de carácter sustantivo, por ejemplo, respecto de casos en que se invoca la media prescripción del delito⁹².

Este aumento de plazo se encuentra absolutamente justificado, a nuestro juicio, considerando las particularidades de esta clase de delitos en los que las víctimas suelen permanecer en silencio durante mucho tiempo antes de efectuar denuncias de los mismos, entre otras razones por el temor a no ser creídas, por las consecuencias familiares que puede acarrear la develación, porque han bloqueado el recuerdo disociándolo. Sin embargo la forma particular en que ello se hizo trae algunas dificultades prácticas como ya se ha señalado.

6.3. Penas asociadas

Junto a las penas principales privativas de libertad, estos delitos traen aparejadas penas accesorias como la inhabilitación absoluta perpetua o temporal, según se trate o no de delitos contra menores de catorce años o contra menores de edad pero mayores de 14 años, para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad.

Esta pena tiene características que la acercan más bien a una medida de seguridad, pues tiene aplicación con posterioridad al cumplimiento de la pena principal y está asociada a un registro, hoy día de carácter público, que permite saber si una persona ha sido condenada o no a esta sanción inhabilitante. Nos parece en todo caso absolutamente justificada considerando las características de los agresores sexuales, sobre todo si se toma en consideración que sólo está asociada al trabajo con menores de edad.

Junto con la anterior se contempla la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio para maestros o encargados de la educación o cuidado o dirección de la juventud. Además existen sanciones de carácter civil asociadas a la condena por estos delitos, que están reguladas en el artículo 370 del C.P.

Por otro lado, ya no en el ámbito de las penas aplicables sino en el de la forma de cumplimiento de las mismas, es importante señalar que los delitos sexuales más graves,

⁹² Sobre estas problemáticas véase Peña W., Silvia; Santibáñez T., María Elena, "La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificación introducida por la ley 20.207", *Microjuris*, 2008.

esto es, los cometidos contra personas menores de 14 años, tienen requisitos más estrictos para la concesión de libertad condicional y están excluidos, en algunos casos, de las penas sustitutivas de la ley N° 18.216 o bien sólo pueden acceder a la más gravosa de ellas. El análisis particular de estas normas lamentablemente escapa al propósito de este breve estudio.

Bibliografía

Aguilar A., Cristián, *Manual de delitos sexuales: Legislación chilena doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2006.

Alonso de Escamilla, Avelina, "El delito de violación: la conducta típica" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, Tomo XLII, pp 571-591.

Bascuñán V., Antonio, *El Delito de Abusos Deshonestos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Bullemore, Vivian, Mackinon, John, *Curso de Derecho penal: Parte especial*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, t. III.

Cantón D., José, Cortés A., María, *Guía para la evaluación del abuso sexual infantil*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2000.

Carnevali R., Raúl, "La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", en *Gaceta jurídica*, 2001, N° 250, pp.13-18.

Carrasco J., Edison, "El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales", en *Revista Ius et Praxis*, 2007, N° 2, pp. 137-155.

Cox Leixelard, Juan Pablo, *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*, Fundación Fernando Fueyo, Santiago, LexisNexis, 2005.

Díez Ripollés, José Luis, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985.

Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal: Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. IV.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal: Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III.

Guzmán Dálbora José Luis, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, Número 1999-2000.

Künsemüller, Carlos, "Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno", en *Gaceta jurídica*, 1993, No.152, p.37-49.

Matus A., Jean Pierre, "Abusos sexuales por sorpresa: ¿un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N°. 19.617 de 12 de julio de 1999?", en *Gaceta jurídica*, 2000, N° 243, pp.14-19.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal: Parte especial*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 6ª edición, Sevilla, 1985.

Pacheco, Joaquín, *El Código Penal: Concordado y comentado*, Madrid, Editorial Edisofer s.l., 2000.

Peña W., Silvia, Santibáñez T., María Elena, “La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificación introducida por la Ley 20.207”, Microjuris, 2008.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Rodríguez Collao, Luis, *Delitos Sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, reimpresión, 2015.

Santibáñez T., María Elena, Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15, 2013, pp. 43-60

Santibáñez T., María Elena, Vargas, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)” en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, abril 2011, pp.193-206.

Sproviero, Juan, *Delito de violación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.

Tieghi, Osvaldo, *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1983.

Jurisprudencia Citada

SCS de 9 de enero de 2003 (Rol N° 4422-02)

SCS de 10 de marzo de 2003 (Rol N° 4115-2002), N° Legal Publishing:26680.

SCS de 3 de mayo de 2004 (Rol N° 5695-2003), N° Legal Publishing:30142.

SCS 21 de septiembre de 2004 (Rol N° 1.788 2.383- (04))

SCS de 5 de enero de 2005 (Rol N° 3640-05).

SCS de 29 de marzo de 2005 (Rol N° 809-2005), N° Legal Publishing:31921.

SCS de 19 de abril de 2005 (Rol N° 956-05)

SCS de 16 de enero de 2008 (Rol N° 6614-2007), N° Legal Publishing:38143.

SCS de 4 de agosto de 2008 (Rol N° 3589-2008), N° Legal Publishing:39695.

SCS de 7 de agosto de 2008, Rol 5576-2007, N° Legal Publishing 39792.

SCS de 7 de Enero de 2009 (Rol 7823-2008), N° Legal Publishing:41559.

SCS DE 1º de Septiembre de 2015 (Rol 9470-2015)

SCA Punta Arenas de 16 de junio de 1989 en Gaceta Jurídica N°108, p. 90.

SCA Valparaíso de 5 de Septiembre de 2003 (Rol 23952-2001), N° Legal Publishing: 28969.

SCA Rancagua, de 3 de noviembre de 2004, Rol N°220.712.

SCA Santiago de 20 de Mayo de 2010 (Rol N° 445-2010), CL/JUR/2939/2010.

STOP de Ovalle, de fecha 15 de julio de 2002, RUC 0200003536-2.

STOP de Calama, de fecha 1º de junio de 2007, RUC 0600188547-0.

STOP de La Serena de 17 de enero de 2003 (RUC 0200043504-2)

STOP de La Serena de 22 de marzo de 2003 (RUC 0200050551-2)

STOP de La Serena de 9 de agosto de 2003(RUC 0200130656-4)

SJG de Antofagasta, RUC 0600175675-1.

Abreviaturas

C.P. Código Penal

SCS Sentencia de Corte Suprema

SCA Sentencia de Corte de Apelaciones

STOP Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal

SJG Sentencia de Juzgado de Garantía